



Universidad
Carlos III de Madrid

Máster Universitario en Estudios Avanzados en Derechos Humanos
Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”

Trabajo Fin de Máster

“Una aproximación a la noción de Constitución Material”

José de Jesús Chávez Cervantes

Tutor

Francisco Javier Ansuátegui Roig

Getafe, Junio de 2015.

Palabras clave: Constitución Material, constitucionalismo, derechos.

Resumen: El estudio de la noción de Constitución Material, representa todo un debate en torno a las distintas acepciones del concepto. La noción de Constitución material, se opone rotundamente a una noción formal o meramente procedimental, viene a complementar la parte formal-procedimental, valiéndose de un determinado contenido axiológico. Se concibe que el sistema mixto de derechos como modelo idóneo para poder explicar y entender que en la actualidad, los ordenamientos jurídicos llevan consigo un fuerte contenido axiológico, condicionando a todos los poderes públicos del Estado.



[Incluir en el caso del interés de su publicación en el archivo abierto]
Esta obra se encuentra sujeta a la licencia Creative Commons
Reconocimiento – No Comercial – Sin Obra Derivada

Índice

Introducción.....	5
Capítulo II. El constitucionalismo y el concepto de Constitución.....	7
1. Preliminares del capítulo.....	7
2. El constitucionalismo moderno.....	8
3. Dificultades lingüísticas.....	14
4. Propuesta de análisis del concepto de Constitución.....	17
4.1 Concepto racional normativo.....	19
4.1.1 Constitución como límite al poder.....	19
4.1.2 Constitución como orden y estabilidad política-jurídica.....	22
4.1.3 Constitución y supremacía constitucional.....	23
4.1.4 Constitución y poder constituyente.....	25
4.1.5 Constitución, reforma y rigidez constitucional.....	29
4.1.6 Constitución y su contenido.....	32
4.2. Concepto histórico tradicional de Constitución.....	34
4.3 Concepto sociológico de Constitución.....	37
4.4. Conclusiones del capítulo.....	40
Capítulo III.- La Constitución y los derechos: posiciones teóricas.....	42
2.1- Justificación.....	42
2.2.- La Constitución y los derechos.....	43
2.2.1 Constitucionalización de los derechos.....	43

2.2.2 Modelo francés y norteamericano rasgos distintivos del constitucionalismo moderno.....	50
2.2.3 La Constitución y los derechos (posiciones teóricas).....	54
2.3 La Constitución y el poder.....	63
2.3.1 La Constitución en el marco de la relación entre el Derecho y el Poder.....	64
2.3.2 La Constitución como límite al poder a través de los derechos.....	69
2.4 ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Kelsen Vs Schmitt.....	78
Capítulo IV. La noción de Constitución Material.....	87
3.1 Recapitulación e introducción al capítulo.....	87
3.2 Teorías de la Constitución Material.....	88
3.2.1 Mortati y la Constitución Material.....	90
A. Contenido y naturaleza de la Constitución material	91
B. La función de la Constitución material	94
3.2.2 Kelsen y la Constitución Material.....	96
A. El sistema estático y dinámico del Derecho de Hans Kelsen.....	99
B. La Constitución material en el sistema dinámico de Kelsen.....	102
3.3 La noción de Constitución Material. Propuesta de análisis.....	106
3.4 Reflexiones finales.....	111
V. Conclusiones.....	115
VI. Bibliografía.....	117

UNA APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE CONSTITUCIÓN MATERIAL

I. Introducción

El estudio del concepto de Constitución material, lleva consigo varios temas de relevancia que deben ser expuestos antes de aproximarnos a la noción de nuestro tema de estudio. Por lo anterior, el presente trabajo se divide en tres capítulos:

El primer capítulo descansa en tres grandes temas. El primero de ellos se expone la doctrina del constitucionalismo, destacando la importancia que tiene la doctrina para comprender las actuales constituciones con un denso contenido sustantivo, así también, se verá que el constitucionalismo entiende de grados, ya que pueden existir ordenamientos más o menos constitucionalizados. En segundo término, se expondrá las dificultades lingüísticas que conlleva reflexionar sobre un determinado concepto.

En tercer lugar, se analizará el concepto de Constitución, tomando en consideración la tipología propuesta por García Pelayo que propone abordar la noción desde tres dimensiones: racional normativo, histórico tradicional y sociológico.

En el segundo capítulo, se expondrán tres temas capitales para la Constitución material: la Constitución y los derechos, Constitución y poder y ¿quién es el defensor de la Constitución? El estudio de los tres epígrafes mencionados, nos servirán de plataforma para abordar en el tercer capítulo la concepción de la Constitución Material. Creemos indispensable, tener claro el debate teórico sobre la necesidad o no de contemplar derechos en una Constitución; de igual manera, es importante para nuestro tema central, conocer los tipos de relación que se pueden suscitar entre el Poder y el Derecho, pues el resultado de la coyuntura entre ambos elementos, permitirá a la Constitución Material tener relevancia en el ordenamiento jurídico.

En lo que respecta a ¿quién debe ser el guardián de la Constitución? Encontramos que en ordenamientos jurídicos ampliamente materializados y garantizados, el papel de los jueces, cobra relevancia importancia para la salvaguarda de los derechos y de la Constitución.

En el tercer y último capítulo, abordaremos la noción de Constitución material que motiva al presente estudio, una Constitución repleta de derechos que condicionan a todos los poderes públicos. Al respecto, se verá como ésta visión de Constitución, es incompatible con la idea kelseniana que en la Constitución no deben incluirse los derechos; Por otro lado, se pondrá de relieve que la noción de Constitución material, es compatible con la teoría del sistema mixto del Derecho. Para llegar a este punto, será indispensable analizar las principales concepciones de Constitución material, como por ejemplo la del italiano Mortati.

Una vez expuesto lo anterior, estaremos en condiciones de colocar una serie de conclusiones con respecto al estudio de la noción de la Constitución material.

Capítulo II. El constitucionalismo y el concepto de Constitución

1. Preliminares del capítulo

Para abordar un estudio sobre el concepto de Constitución, se convierte casi ineludible, realizar un breve bosquejo referente a la doctrina del constitucionalismo, debido, a que el concepto de Constitución que esbozaremos, lleva consigo alguna(s) de las características que más adelante desarrollaremos en torno al constitucionalismo.

Una vez abordado el tema del constitucionalismo, analizaremos el concepto de Constitución, aludiendo en primer lugar, las dificultades lingüísticas que conlleva un estudio relativo a la conceptualización del término; en segundo lugar, se pretende analizar el concepto de Constitución desde la óptica racional normativa, histórico tradicional y sociológica. En cada una de las dimensiones, se esbozará una serie de reflexiones en torno a la Constitución y de qué manera se relacionan con la Constitución de los modernos.

Es de resaltar, que se hará más énfasis al estudio del concepto racional normativo, mismo que se dividirá en los siguientes subtemas:

- 1) Constitución como límite al poder
- 2) Constitución como orden y estabilidad jurídico-político
- 3) Constitución y supremacía constitucional
- 4) Origen de la Constitución
- 5) Constitución y rigidez constitucional
- 6) Constitución y su contenido

Una vez abordado lo anterior, estaremos en condiciones de reflexionar sobre los rasgos que la Constitución del constitucionalismo considera como mínimos e indispensables, con el propósito de propiciar el resguardo de las libertades ante el poder.

2. El constitucionalismo moderno

Somos conscientes de la existencia de diversas teorías y formas de abordar el tema del constitucionalismo, que, por cuestiones meramente metodológicas, un trabajo como el presente no tiene como propósito profundizar al respecto.¹ Pues bien, por constitucionalismo se puede definir como el conjunto de doctrinas que a inicios del siglo XVII², han ofrecido esfuerzos por concebir y valorar de diferentes maneras el término de Constitución, donde el aspecto del límite al poder y la garantía son dos pilares en el ordenamiento jurídico; al respecto Fioravanti señala que: “*el constitucionalismo ha valorado el termino-concepto de Constitución con el fin de facilitar y lograr dos operaciones decisivas: la proyección de una forma de gobierno inspirada en el principio de la reducción y de la contención de la dimensión del arbitrio político y la correlativa e inescindible afirmación histórica de los derechos individuales y de sus formas de garantía*”.³

¹ Prieto Sanchís, propone tres referentes de constitucionalismo. El primero de ellos se puede abordar desde la filosofía política ilustrada y liberal, propio del mundo moderno; el segundo corresponde a un determinado modelo jurídico, referente a un tipo de Derecho existente o que pretenda existir; y, por último, se puede concebir como una opción o modelo político de cultivar el estudio “científico” de la Constitución. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, 4ª edición, Ed. Fontamara, México, 2011, p. 7. Ver también, el estudio comparativo sobre las distintas corrientes del constitucionalismo: Neoconstitucionalismo(s), el constitucionalismo popular y el nuevo constitucionalismo latinoamericano. MICAELA ALTERIO, A., “Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate”, *Anuario de filosofía y teoría del derecho*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, número 8, enero-diciembre, 2014, pp. 227-306. Inclusive el discurso de la doctrina del constitucionalismo puede ser abordado de acuerdo a las experiencias de acuerdo al modelo británico, norteamericano y francés, tal como propone: JIMÉNEZ ASECIO, R., *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho constitucional*, 3ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 19-82.

² Es importante mencionar que nuestro estudio se esboza dentro del constitucionalismo moderno desarrollado a partir del siglo XVII. No se desconoce, que existen importantes aportaciones por parte del constitucionalismo antiguo, para un estudio de lo anterior, además que somos conscientes de que la bibliografía puede ser inabarcable. Vid., MATTEUCCI, N., *Organización del poder y libertad*, Presentación Bartolomé Clavero, Trad. Ansuátegui Roig y Martínez Neira, Ed. Trota, Madrid, 1998, pp. 23-28. Otro estudio sobre éste aspecto del constitucionalismo antiguo es desarrollado por TAMAYO y SALMORÁN, R., *Introducción al estudio de la Constitución*, Ed. Fontamara, México, 2006, pp.107-164; Vid., McILWAIN, Ch., *Constitucionalismo antiguo y moderno*, trad., Solozábal Echavarría, Juan José, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

³ FIORAVANTI, M., “Il principio di eguaglianza nella storia del costituzionalismo moderno”, en ID., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra otto e novecento*, II, Giuffrè, Milano, 2001, p. 797. Vid., FIORAVANTI, M., *Constitución de la antigüedad a nuestros días*, trad. Martínez Neira, Manuel, Ed. Trota, Madrid, 2001, p. 85.

Si pudiéramos sintetizar lo qué es el constitucionalismo, éste sería, una propuesta en relación con la limitación del Poder a través del Derecho. *“Desde esta perspectiva, el constitucionalismo supondría la última etapa de una historia larga en siglos que es en buena medida la de (alguna) filosofía política en su intento de controlar y racionalizar el Poder”*⁴.

Es importante mencionar que dicha doctrina se coloca en el escenario del Derecho, donde las instituciones y normas de la ciencia jurídica, limitaran el acaecer del poder político. Los mecanismos jurídicos por los cuales se intenta poner un freno al poder, están constituidos por “principios e instituciones jurídicas”. Como por ejemplo, el imperio de la ley, el principio de separación de poderes, la rigidez constitucional o el instituto del control de constitucionalidad. Al respecto, Ansuátegui Roig manifiesta que dichas instituciones a través de esta dimensión limitadora que estudia la doctrina del constitucionalismo, es la que permite vincularlo al garantismo⁵.

Ciertamente, nos encontramos ante una doctrina muy compleja de caracterizar, ya que la concepción de la misma, varía de las diferentes dimensiones en torno a la mayor o menor exigencia de controlar el poder. De lo que sí estamos seguros es, que el constitucionalismo, busca explicar el fenómeno del cómo, a través de las instituciones jurídicas que ofrece el mundo del Derecho, se ha racionalizado el poder; quizás, éste sea un punto de encuentro entre los constitucionalismos más o

⁴ ANSUÁTEGUI ROIG, F., *Razón y voluntad en el Estado de Derecho, un enfoque filosófico jurídico*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, p. 224. McIlwain señala: “el constitucionalismo tiene una esencial cualidad: implica una limitación jurídica del gobierno, si bien en el constitucionalismo antiguo como moderno. A saber “es la antítesis del gobierno arbitrario; es lo contrario del gobierno despótico, del gobierno del capricho en vez del Derecho”. Donde el rasgo más característico, constante, duradero y antiguo de ésta verdadera doctrina continúa siendo, como lo ha sido desde el comienzo, la limitación del gobierno por el Derecho. “Las limitaciones constitucionales”. MCILWAIN, Charles H., *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Cit., p., 37.

⁵ ANSUÁTEGUI ROIG, F., *Razón y voluntad en el Estado de Derecho, un enfoque filosófico-jurídico*, cit., p. 225. Sin el ánimo de ser exhaustivo con sobre el tema del garantismo, mencionar que el término se acuña en el campo penal y por la misma se pueden distinguir tres acepciones: como modelo normativo de derecho, también se le identifica como una teoría jurídica de la validez y de la efectividad, y por último, garantismo designa una determinada filosofía política. Vid., FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, 6º edición, Ed. Trotta, Madrid, 2004, pp. 851-855. Para una mayor profundidad del tema Vid., FERRAJOLI, L., *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, trad. Andrés I.P., Ed. Trotta, Madrid, 2014.

menos exigentes en función de la satisfacción de ciertos requisitos que proporcionan en mayor o menor medida, un debilitamiento del poder.

Recurriendo al argumento anterior, Carlos Nino construye un catálogo de hasta ocho características del constitucionalismo, partiendo de la idea genérica de la doctrina como “gobierno limitado”. La gama de significados propuestos por el autor, se robustecen de manera que van ascendiendo en el orden de aparición. Entonces, el constitucionalismo se vincula con: 1) la teoría del *rule of law*, lo que implica la preservación de algunas reglas jurídicas fundamentales que limitan al poder; 2) un concepto más robusto al anterior, responde, cuando el gobierno se encuentra limitado por las normas jurídicas de la Constitución sea cual fuere el contenido de las mismas, aun, cuando ésta no se encuentre materializada, además, será norma suprema, garantizada por un procedimiento específico de reforma más complejo con respecto a la legislación ordinaria. Rigidez constitucional; 3) el concepto se robustece aún más, cuando se agregan restricciones formales que la propia Constitución suprema impone a las demás leyes, por ejemplo, que sean generales, precisas, no retroactivas, públicas, estables e imparciales; 4) un sistema que garantice la separación de poderes y la independencia del órgano judicial de los demás poderes; 5) el reconocimiento de derechos en la Constitución, se convierte en una dimensión fundamental, así como, el que deban ser respetados por los poderes del Estado; 6) la figura jurídica del control judicial de constitucionalidad, con el fin de hacer respetar los derechos y que cuente el poder de anular la legislación que los pueda vulnerar; 7) el concepto de constitucionalismo se ve reforzado, cuando el principio democrático juzga la creación de algunas instituciones de gobierno; y, por último 8) el concepto dependerá del modelo particular de democracia, evaluando los mecanismos de participación y representación con respecto a la elección de las instituciones jurídicas, así como, la representación, un cuerpo legislativo colectivo elegido popularmente etc.⁶ El mayor o menor número de características aquí mencionadas, determinará la intensidad del concepto de constitucionalismo y, con

⁶ SANTIAGO NINO, C., *La Constitución de la democracia deliberativa*, Ed. Gedisa, España, 1997, pp. 16-17.

ello, distinguir entre nociones más fuertes o más débiles según la presencia de criterios aquí citados.

Pues bien, el punto de encuentro antes mencionado es, que el constitucionalismo se nos presenta como una doctrina que estudia los límites al Poder a través del Derecho. La afirmación será condicionada por la robustez de los requisitos para obtener un constitucionalismo débil o uno en sentido fuerte. Un constitucionalismo en sentido débil podría ser aquel, donde no existieran varios de los elementos descritos, asumiendo un mínimo de control en detrimento a los caprichos del poder. Por otro lado, el constitucionalismo más fuerte, vendría siendo aquel, que se encuentra limitado por los derechos y libertades estipulados en una Constitución de rango supremo, que, a su vez, cuenta con mecanismos reforzados para proteger los derechos⁷.

Al respecto, Nino subraya que: *“el sentido más robusto de constitucionalismo reclama no sólo la existencia de normas que organizan al poder y permanecen inalterables frente a los procesos legislativos, sino, que también, y fundamentalmente, se requieren estructuras específicas de procedimientos y contenidos de las leyes que regulan la vida pública”*. En este sentido, Nino se refiere al concepto de democracia liberal,⁸ mismo que conecta a su última característica del constitucionalismo más robusto, donde, se prevé, un modelo de democracia que comulgue con el desarrollo de mecanismos de participación y representación.

Por otro lado, Michel Troper propone un análisis de tres distintos tipos de constitucionalismo, denominándolos: constitucionalismo *lato sensu*,

⁷ ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho, un enfoque filosófico-jurídico*, Cit. p. 227.

⁸ En este sentido que propone Nino, no sólo reclama la existencia de normas que organizan al poder que permanezcan inviolables por los proceso legislativos, sino que éste tipo de constitucionalismo demanda estructuras con procedimientos específicos de los contenidos que regulan la vida pública. Aquí es donde el autor, define el concepto de democracia liberal bajo dos ideales “Por una lado, el ideal de un proceso político participativo en el cual todos los afectados por las decisiones políticas tienen igual derecho a expresar su opinión en el proceso de formación de esas decisiones, denominada dimensión democrática. En segundo lugar, se encuentra el ideal del gobierno limitado en el cual incluso la mayoría no puede afectar los intereses individuales protegidos, desde una óptica libertaria. NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Cit., pp. 18-19.

constitucionalismo *stricto sensu*, y finalmente constitucionalismo en *strictissimo sensu*. El primero de ellos (*lato sensu*) data de una idea de inicios del siglo XVIII, donde se afirma la necesidad de que todo Estado posea una Constitución y que ésta sirva de medio para combatir el despotismo; el constitucionalismo en *stricto sensu*, además de contemplar una Constitución, se añade que ésta debe contener ciertos principios que produzcan unos determinados efectos para impedir el despotismo y garantizar la libertad política. Algunos de los principios que éste tipo de constitucionalismo preconiza podrían ser, la separación de poderes, la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, el gobierno representativo, etc. Por constitucionalismo *strictissimo sensu*, se contempla la idea de que, sólo es posible llevar a cabo los resultados, si la Constitución contiene el principio de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, siendo éste un medio imprescindible para aspirar a dicho fin⁹.

Tanto la aportación de Nino, como de Troper, nos ayudan a situarnos en el concepto de Constitución que el constitucionalismo propone que servirá de marco para el presente trabajo. Tanto la acepción más robusta por parte del argentino, así como el concepto más estricto del francés, vienen a situarnos dentro de la doctrina del constitucionalismo moderno.¹⁰

Si bien, se ha mencionado en párrafos anteriores que el constitucionalismo se coloca en manos del Derecho con respecto a principios e instituciones jurídicas

⁹ TROPER, M., "El concepto de constitucionalismo y la moderna teoría moderan del Derecho", en ID., *Por una teoría jurídica del Estado*, trad. de M. Venegas Grau, Ed. Dykinson, Madrid, 2011, pp. 183-184.

¹⁰ Prieto Sanchís, propone tres referentes de constitucionalismo. El primero de ellos se puede abordar desde la filosofía política ilustrada y liberal, propio del mundo moderno; el segundo corresponde a un determinado modelo jurídico, referente a un tipo de Derecho existente o que pretenda existir; y, por último, se puede concebir como una opción o modelo político de cultivar el estudio "científico" de la Constitución. PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y positivismo*, Cit., p. 7. Vid., Al respecto destacar los dos principios referentes a la Constitución escrita que son fruto original del constitucionalismo en palabras de Mateucci; el primero de ellos, el de su legitimidad que se determinará por su contenido, imponiéndose por su racionalidad intrínseca y por su justicia, así como, que la misma emane de la voluntad soberana del pueblo a través de una asamblea constituyente; Y el segundo, por su función, la Constitución deberá garantizar los derechos de los ciudadanos y, para lograr el cometido, el ordenamiento debe de ser rígido e inflexible, en el sentido que el órgano legislativo ordinario no pueda modificarlo puesto que son superiores jerárquicamente. Para resguardar la supremacía de la Constitución, se estipulará que corresponde al poder judicial controlar la justicia de la ley. MATEUCCI, N., *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, cit., p.25.

con el propósito de limitar al poder, situándonos en un punto de análisis entre la relación que sostienen el Derecho y el poder. Al respecto, Michel Troper señala, que existe una incompatibilidad entre el constitucionalismo y el positivismo, ya que el último no aporta una solución al fundamento de la Constitución y de las declaraciones de derechos que integra el nuevo constitucionalismo; por otro lado, Peces-Barba, alude que el constitucionalismo supone: *“la superación de las doctrinas del Derecho Natural y su incorporación al Derecho positivo, donde los contenidos del iusnaturalismo se incorporan al constitucionalismo, y por eso es perfectamente explicable que el constitucionalismo esté unido a las doctrinas iusnaturalistas, y que sean expresión del positivismo”*¹¹.

Retomando el hilo argumental, el tipo de concepto de Constitución que responde al constitucionalismo y que marcará nuestro estudio, es aquel que se identifica con la *“garantía de los derechos a través de la implementación de técnicas de limitación al Poder”*,¹² presentando, un denso contenido sustantivo formado por normas de diferente denominación (valores, derechos, principios) pero con el único propósito, que es, no sólo decirle al poder como se tiene que organizar y adoptar decisiones, sino que además, hasta donde puede llegar su actuación e incluso condicionando que es lo que puede decidir.¹³

Con lo anterior, nos encontramos con un primer acercamiento a la Constitución material que inquieta la presenta investigación, y que en definitiva se incrusta en el seno del constitucionalismo aquí expuesto, debido a que la noción en sentido material, es aquella que se identifica con un denso contenido derechos, donde, un

¹¹ Peces-Barba aborda el tema desde el trinomio ética, poder y Derecho. Manifestando que *“Esa reflexión trifásica de una moralidad pública creada por la razón en la historia y cristalizada como cultura, de un poder que asume e integra esa moralidad pública, que convierte en moralidad política y que hace efectiva, integrada en un sistema jurídico como moralidad jurídica, que inspira al sentido del ordenamiento y de sus normas, permite una justificación positivista, de un positivismo abierto, de los valores y de los derechos de la Constitución”*. PECES-BARBA, G., “Prólogo”, en TROPER M., *Por una teoría jurídica del Estado*, trad. Venegas Grau, M., Ed. Dykinson, Madrid, 2011, pp. XVI-XVII.

¹² ANSUÁTEGUIR, ROIG, F., *Razón y voluntad en el Estado de Derecho, un enfoque filosófico-jurídico*, Cit., p. 231.

¹³ PRIETO SANCHÍS, L., “El constitucionalismo de los derechos”, en Carbonell M., (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Ed. Trota, Madrid, 2007, pp. 213-214.

determinado contenido sustantivo, es positivado, destacando los derechos fundamentales y los valores.

Así pues, el constitucionalismo servirá de plataforma para un mejor análisis al concepto de Constitución material, ya que esta doctrina, busca explicar el paradigma de una nueva cultura jurídica posterior a la Segunda Guerra Mundial, donde una serie de ordenamientos jurídicos reúnen características similares en torno a Constituciones condensadas de alto contenido material o sustantivo, que además, de proclamar un listado de derechos, se estipula también el carácter vinculante de todos los derechos. Por lo anterior, tanto el constitucionalismo más débil aquí presentando, como aquel con características más exigentes, serán determinantes para entender la presencia de amplios catálogos de derechos, así como las herramientas jurídicas que los garantizan.

3. Dificultades lingüísticas

En las reflexiones académicas no existe un solo concepto en el mundo del Derecho que no sea fuente de inspiración para su estudio y, sobre todo, de acaloradas discusiones. Un claro ejemplo de lo anterior podemos focalizarlo con el término de Derecho, el cual, su significado se encuentra determinado por la teoría de Derecho de quién lo defina, trayendo consigo distintas posturas del significado en comento. Tenemos que tener en cuenta que el concepto de Derecho es multidimensional, lo que quiere decir, que, puede ser analizado desde múltiples y numerosas perspectivas, reproduciendo conclusiones que no siempre son idénticas, sin embargo, todas y cada una de ellas valiosas al mundo de la teoría del Derecho¹⁴.

Para abordar el tema de investigación, se hace prescindible acudir a un breve análisis de diversas acepciones del término Constitución, mismo que llevará complicaciones desde el inicio al igual que el concepto de Derecho. Como se ha mencionado, la misión por contextualizar la expresión trae consigo dificultades

¹⁴ PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ, E., DE ASÍS, R., (eds.), *Curso de Teoría del Derecho*, 2° edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 16.

tanto semánticas, como posturas ideológicas en torno al concepto. Sin dejar de mencionar que, las distintas acepciones son originarias de determinadas realidades históricas, culturales y políticas, que, en la mayor o menor influencia de cada una ellas, determinará la postura y sentido del concepto de Constitución.

Para abordar el concepto de Derecho, así como el de Constitución, debemos de tener en cuenta que existen problemas de carácter semánticos o terminológicos; Al corresponder estas dos acepciones al lenguaje natural y que ambas forman parte de nuestro vocabulario cotidiano, su comprensión puede aludir a conflictos de interpretación lingüística. Por lo anterior, debemos ocuparnos de los problemas de ambigüedad, vaguedad y emotividad del lenguaje.

En primer lugar, un problema recurrente tiene que ver con la ambigüedad donde un término puede contener, lo que implica, que una sola palabra puede citar varios significados y la comprensión de la misma, dependerá del contexto que se emplea el término en referencia¹⁵. El argentino Santiago Nino, hace alusión que la ambigüedad semántica se origina en muchas de las ocasiones por uso metafórico de una palabra y, al pasar del tiempo, se va creando una acepción distinta e independiente a la original¹⁶.

Otra dificultad en torno a la semántica, tiene que ver con la vaguedad de las palabras. Esta puede darse en dos dimensiones, desde el plano intensional como

¹⁵ En la obra señalada, se plasma a manera de ejemplo, cuatro significados del término Derecho: 1) como conjunto de normas, o bien Derecho objetivo 2) También podemos decir, “tengo derecho a circular libremente por mi ciudad” o “tengo derecho a que Juan me pague el dinero que me debe”. Aquí “derecho” es entendido como sinónimo de derecho subjetivo, esto es como capacidad de actuación respaldada por el ordenamiento, por el Derecho objetivo. 3) El término de Derecho como ciencia jurídica. Se alude al conjunto de teorías, reflexiones y propuestas que los estudiosos y profesionales del Derecho, los juristas elaboran en torno al ordenamiento jurídico. 4) Por último, muchas veces se escucha exclamar frases como “no hay derecho a que”. En esos casos estamos utilizando el término derecho como sinónimo de justicia, es decir, estamos expresando una valoración con determinadas situaciones. Vid. PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ, E., DE ASÍS, R., (eds.), *Curso de teoría del Derecho*, Cit., p. 21.

¹⁶ En su obra NINO, ofrece dos claros ejemplos del uso de determinadas palabras que con el tiempo se utilizaron de manera metafórica y se fue creando un significado independiente al original, como es el caso del término “arteria”, aplicado a las calles de una ciudad; a su vez, con la palabra “rama”, cuando con ella se designa las divisiones de una ciencia, etcétera. La palabra constitución, no siempre ha tenido un significado jurídico, político, histórico, sociológico etc., también puede aludir a los componentes de cualquier objeto, por ejemplo la constitución de un escritorio, e inclusive cualquier cosa u objeto se podría emplear el vocablo, inclusive para la constitución (formación) de una sociedad de cualquier tipo. SANTIAGO NINO, C., *Introducción al análisis del Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1987, p. 261.

del plano extensional. El primero de ellos se encuentra constituido por un conjunto de características, rasgos y propiedades que identifican al vocablo. La extensión, por su parte, alude al conjunto de objetos o de distintas dimensiones de la realidad abarcadas por un determinado término¹⁷.

En relación con el término de Constitución, podemos afirmar que muestra problemas de los dos tipos de vaguedad, tanto intensional y extensional. Desde el ámbito intensional, no tenemos la certeza de qué propiedades o rasgos acompañan su significado: por ejemplo podemos mencionar que, no será el mismo significado de “Constitución” en una determinada coordenada geográfica, así como de un momento histórico. El significado a su vez, puede sufrir variaciones si la teoría que lo propone se fundamenta en el iusnaturalismo o positivismo. Por otra parte, desde la dimensión extensional el concepto de Constitución alude a dificultades en el ámbito de la certeza de su aplicación, como por ejemplo, Constitución sociológica, histórica, material, etc.

Por su parte, Nino propone el análisis de la vaguedad en tres zonas: una de claridad, donde los hechos que se expresan son efectuados con certeza; otra de obscuridad, que se forma por los hechos donde se tiene la seguridad que la semántica no se aplica; y la tercera, de penumbra, alude a los supuestos en donde no se tiene la certidumbre y se duda en aplicar o no el término¹⁸.

En lo que concierne a la parte de la emotividad en el lenguaje nos referimos al efecto de estímulo con determinada semántica, que, de manera consciente o inconsciente, se provocan reacciones ya sean de aceptación o de rechazo. El vocablo Constitución, por el simple de hecho de escucharlo genera, una serie de sentimientos entre los destinatarios. En mayor o menor medida que los términos derechos humanos, Derecho, libertad, etc., la palabra lleva consigo una carga de reacciones, misma que podría verse acompañada de otros calificativos, como por ejemplo, Constitución violada, vulnerada, mutilada. Al respecto, podríamos

¹⁷ El autor señala que la diferencia entre ambigüedad y vaguedad radica en que, la primera alude al problema de la pluralidad de significados, mientras que la segunda, tiene que ver con la falta de certeza de éstos. Vid. PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ, E., DE ASÍS, R., (eds.), *Curso de teoría del Derecho*, Cit., p. 22.

¹⁸ SANTIAGO NINO, C., *Introducción al análisis del Derecho*, Cit., p.264.

comentar, (con sus respectivos matices) que la expresión Constitución produce un sentimiento ya sea de pertenencia o rechazo. Las expresiones lingüísticas interfieren en el significado cognoscitivo del término, impulsando así, que éstos contengan una carga vaguedad e incomprensión; la imprescindible presencia de estos planteamientos en referencia a las reacciones emotivas, pueden llegar a complicar en mayor o menor medida su significado por los actores que lo utilizan, donde, posiblemente, sea el origen de acalorados enfrentamientos semánticos, al igual como la vaguedad y la ambigüedad de la lingüística¹⁹.

Ahora bien, expuesto brevemente las dificultades lingüísticas mencionadas, pasemos a revisar el concepto de Constitución.

4. Propuesta de análisis del concepto de Constitución

La pluralidad de conceptos que ofrece el vocablo Constitución, genera de entrada una dificultad metodológica para realizar un análisis que nos lleve a buen puerto con los menores errores posibles. Dificultades, que tienen que ver con la elección de los autores y del destino al que se pretende llegar, buscando así, un hilo conductor apropiado para una mejor profundización al tema. El objetivo del presente apartado, es, exponer las principales acepciones, así como, identificar los tipos de nociones que existen en la doctrina contemporánea, es por ello, que éste capítulo se considere como una propuesta de análisis en torno a tan debatido concepto.

En primer lugar, la palabra Constitución en sí, es multívoca, ya que ésta ostenta diversas acepciones. Todo objeto tiene una Constitución. En el tema que nos incumbe nos referiremos a un término estudiado en la ciencia jurídica, no obstante, como ya se mencionó en párrafos anteriores, éste es abordado en otros campos de estudio de suma importancia, los cuales conducen a reflexiones en torno a la figura de la Constitución.

Para afrontar el reto académico del concepto de Constitución, nos apoyaremos en la tipología realizada por García Pelayo en su obra *Derecho Constitucional*

¹⁹ Ídem, p. 269.

*Comparado*²⁰, basándose en tres campos: racional normativo, histórico tradicional y sociológico. No obstante, existen diversos estudios y propuestas del cómo abordar el concepto de Constitución²¹, sin embargo, se considera que la propuesta del autor, engloba intrínsecamente los distintos tipos de Constitución más difundidos, además, es útil ante el universo de información posible, fijando un hilo conductor a tan complicado tema²².

Es de resaltar, que existen otros autores clásicos importantes en la materia, tal como Carl Schmitt, Ferdinand Lassalle, Hauriou y Karl Loewenstein, entre otros. Sobre la tipología sociológica, normativa racional e histórica, se enlazaran los pensamientos de dichos autores, ya que el estudio no se basa, única y exclusivamente sobre lo que García Pelayo expone, sino que trataremos de enlazar los distintos pensamientos acordes a cada tipo de Constitución²³.

Una idea importante a mencionar deriva que la propuesta de García Pelayo, la realiza para desembocar en tres momentos: sobre la validez, la vigencia y la legitimidad de la Constitución. En lo que concierne al concepto racional normativo gira sobre el momento de validez del ordenamiento, la concepción sociológica

²⁰ GARCÍA PELAYO, M., *Derecho constitucional comparado*, Ed. Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, 1950.

²¹ Las diversas tipologías sobre el concepto de Constitución, es inabarcable, por un esfuerzo no exhaustivo se pueden revisar a: LOWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, trad. y estudio, Gallego Anabitarte A., Ed. Ariel, Barcelona, 2º edición, 1986, pp., 216-218. Normativa, semántica y nominal; TOMAS y VALIENTE, F., "Constitución", en Díaz E., y Ruíz, M., (eds.), *Filosofía política II. Teoría del Estado*, Ed. Trota, 1996, pp., 46-50. Sobre ésta clasificación, a diferencia de García Pelayo que además de los conceptos histórico, sociológico y racional normativa, adhiere el concepto mínimo, donde resalta el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano. Ésta característica se contempla en el concepto racional-normativo que propone García Pelayo. VERGOTTINI, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado*, trad. e introducción Lucas Verdú P., 2º edición, Ed. Espsa-Calpe, S.A., Madrid, 1985, pp. 136-138. SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, trad. y presentación Ayala F., Epílogo, García Pelayo M., Ed. Alianza editorial, 1982, p. 33 y ss.

²² Al respecto Vanossi señala que los conceptos de Constitución "operan como herramientas o instrumentos útiles para la comprensión o entendimiento de la idea misma de Constitución" el autor defiende rotundamente que la mejor tipología elaborada para el estudio es la elaborada por García Pelayo. VANOSS, J., *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*, 3º edición, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 2000, p. 91.

²³ En orden de aparición: SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Cit., LASSALLE, F., *¿Qué es una Constitución?*, trad., Roces, W., Ed. Ariel, Barcelona, 1989. HAURIOU, M., *Principios de derecho público y constitucional*, trad. y estudio preliminar, Ruiz del Castillo, C., Ed. Comares, Granada, 2003, LOWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Cit.

sobre la vigencia y el histórico tradicional en torno a la legitimidad²⁴. Lo anterior, nos servirá para mostrar la congruencia de éstos tres elementos, una vez concluido el breve análisis propuesto.

4.1 Concepto racional normativo

El concepto racional normativo, se encuentra inmerso en diversos temas sustanciales al estudio del concepto de Constitución, para abordar cada uno de ellos se propone el siguiente esquema:

La primera característica funge como pilar y sucesiva de las siguientes, que podríamos llamar como la fuente motora que origina los demás presupuestos de Constitución. Nos referimos entonces, a la Constitución como límite al poder.

Para comprender nuestra primera característica, creemos indispensables los siguientes presupuestos, mismos que se abordarán por separado:

- Constitución como límite al poder
- Constitución como orden y estabilidad jurídico-político
- Constitución y supremacía constitucional
- Origen de la Constitución
- Constitución y rigidez constitucional
- Constitución y su contenido

Pasemos a revisar en primer lugar, la afirmación que la Constitución es un límite al poder.

4.1.1 Constitución como límite al poder

Al referirnos sobre el término de una Constitución jurídica, García Pelayo inicia su propuesta refiriéndose como *“un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos. La Constitución es, pues, un sistema de*

²⁴ GARCÍA PELAYO, M., *Derecho constitucional comparado*, cit., p. 41

normas, más adelante García Pelayo resalta que no representa una suma de decisiones o resultante de decisiones parciales tomadas según van surgiendo los acontecimientos o presentándose las situaciones, sino que parte de la creencia en la posibilidad de establecer de una vez para siempre y de manera general un esquema de organización en el que se encierre la vida toda del Estado y en el que subsuman todos los casos particulares posibles. En esencia se trata, de una aplicación concreta y sublimizada del concepto de ley con que opera el liberalismo, de la creencia en la posibilidad de una planificación de la vida política, de una racionalización del acaecer político”²⁵.

Partiendo del anterior concepto de Constitución, en un primer momento el autor coloca en papel una serie de elementos de la concepción que defiende, figurando que el complejo normativo establece una multiplicidad de funciones para el Estado, así como las competencias y relaciones de los órganos que lo conforman. Es de destacar que en este momento del concepto se hace alusión solamente al Estado y su importancia que radica el regularlo o mejor dicho controlar su actuación. La esencia del concepto, llevado de la mano por el liberalismo, se subraya en el momento que se menciona que la Constitución opera para la *racionalización del acaecer político*, en otras palabras, nos encontramos con una Constitución que tiene como finalidad ser un límite al poder.

Ahora bien, sin duda alguna nos encontramos ante la figura del poder político como un fenómeno jurídico que tiene fuertes implicaciones en un área geográfica determinada. Pero, a qué nos referimos con poder y, porqué nuestra Constitución racional normativa se convierte como un instrumento que limite al poder.

Antes de responder lo anterior, es importante hacer un apunte. Si es verdad que el poder crea Derecho y el Derecho regula al poder, nos encontramos en el supuesto que el Derecho se puede contemplar como una Constitución normativa, si esto es así, el poder creó la Constitución (poder constituyente) y por añadidura, ésta limita al poder. Si lo anterior es verdad, la Constitución es un modelo de Derecho concebido por el poder. Peces-Barba hace referencia a lo anterior manifestando

²⁵ GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, cit., p. 30.

que *el poder es autor de todo el Derecho positivo*²⁶, a su vez, él mismo menciona que el *hecho fundante básico del Derecho* es la cara del poder y la *norma fundante básica* es la cara del Derecho o lo que es igual el rostro de la propia Constitución, cuya relación, es indispensable para entender el fenómeno jurídico en el mundo moderno²⁷.

Teniendo en cuenta lo anterior, a qué poder nos referimos al manifestar que la Constitución se contempla como un límite a éste. El profesor Ansuátegui Roig define el poder como, *la organización política o al conjunto de factores o elementos sociales que desarrollan, todos ellos, una determinada actuación social en la que destaca, en muchas ocasiones, la actuación de una dimensión normativa*²⁸. La dimensión normativa que señala el profesor Ansuátegui nos interesa, pues el poder, se auto limita al reconocer una Constitución normativa con el acuerdo entre todos los sectores o al menos de la mayoría de esas fuerzas, donde se inclinan por un modelo de sistema de organización jurídica quedando estipulado: (en lo que respecta al poder), el qué se manda, cómo se manda y quién manda en un Estado²⁹.

Pues bien, nos encontramos ante una Constitución que tiene la función de limitar al poder, no olvidando que el poder organiza al Derecho y éste a su vez le permite mandar de una manera legítima, institucionalizando al poder, organizando quién manda y cómo se manda. Sobre el contenido de la Constitución y cómo éste fortalece la encomienda de limitar al poder se estudiará más adelante, por ahora subrayar que la Constitución es un modelo de Derecho que limita al poder. La

²⁶ PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ, E., DE ASÍS, R., (eds.), *Curso de Derechos Fundamentales, teoría general*, Ed. Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, p. 324. Al respecto el autor hace referencia a 5 modelos de relación entre Derecho y poder señalando los siguientes: supremacía del poder sobre el Derecho; supremacía del Derecho sobre el poder; identificación entre poder y Derecho con negación, a veces, de uno de los dos, separación entre poder y Derecho, o relación de coordinación o de integración entre poder y Derecho

²⁷ PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ, E., DE ASÍS, R., (eds.), *Curso de Derechos Fundamentales, teoría general*, Cit., p 344.

²⁸ ANSUÁTEGUI ROIG, F., *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, Ed. Dykinson, Madrid, 1997, p. 44.

²⁹ PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ, E., DE ASÍS, R., (eds.), *Curso de derechos fundamentales, teoría general*, Cit., p. 346.

intensidad del freno al poder, será determinado por la mayor o menor intensidad por el contenido de la Constitución.

4.1.2 Constitución como orden y estabilidad política-jurídica

Como una segunda propiedad del concepto racional normativo, se concibe la Constitución como orden y estabilidad político, no tratando solamente que ésta sea la expresión de un orden, sino también que el propio ordenamiento sea la creadora de ese orden³⁰. Ahora bien, la Constitución delimita el actuar del poder institucionalizado, así como la pauta de una organización jurídico-política entre gobierno y ciudadanos, siendo el ordenamiento el vínculo necesario para evitar atropellos y abusos de poder, de ese que en un momento fue ilimitado.

La Constitución, al ser un orden donde se delegan las competencias respectivas a cada una de las instituciones jurídicas, ésta, también, tiene la particularidad de ser la fuente de las normas, (normas que derivan a encausar o regir ese orden en el Estado) o como lo menciona García Pelayo: *“la despersonalización de la soberanía y la afirmación de la constitución como soberana”*³¹. Al concebirse la Constitución como la norma de normas, en donde el total del ordenamiento jurídico depende de ésta, se nos presenta la Constitución como la fuente de las normas³², ya que un precepto sólo será válido si se desprende de la propia Constitución. Para lo anterior, deberá ser un orden supremo cuya vigencia no

³⁰ GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, cit., p. 31.

³¹ Idem., p. 32.

³² Constitución como fuente puede observarse la clasificación que efectúa Ricardo Guastini al referirse que puede entenderse en no menos de tres modos diversos. 1) En un primer momento, se puede decir que la Constitución es fuente del derecho, simplemente porque los enunciados constitucionales expresan normas, las cuales regula la organización del Estado y las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Este momento es *prima facie*, obvio y no problemático. 2) En un segundo sentido, se puede entender que la Constitución es fuente del derecho por contemplar que las normas constitucionales son idóneas en dos momentos: a) para abrogar y/o invalidar normas anteriores de rango subconstitucional materialmente incompatibles con ella; y b) Para invalidar normas sucesivas de rango subconstitucional formalmente disconformes o materialmente incompatibles con ella. 3) La Constitución es fuente de derecho por entender que las normas constitucionales son idóneas para regular directamente no sólo la organización estatal y las relaciones entre el Estado y los ciudadanos sino también las relaciones entre el Estado y los ciudadanos sino también las relaciones entre particulares, y son, por tanto, susceptibles de aplicación jurisdiccional por parte de cualquier juez (no solamente por parte del juez constitucional). GUASTINI, R., “Sobre el concepto de Constitución” ID., *Estudios de teoría constitución*, 4ª edición, trad. Carbonell, M., Ed. Fontamara, México, 2003, pp. 38 y ss.

dependa de otro ordenamiento jurídico, es decir, cumpla con los requisitos de supremacía constitucional y nazca de un poder constituyente que se disuelve una vez instaurada la Constitución normativa.

4.1.3 Constitución y supremacía constitucional

Una de las características de la Constitución con mayor aceptabilidad, como un principio universalmente establecido por la dogmática constitucional, es, sin duda, que la norma fundamental es norma suprema. El resultado de esta supremacía radica en que el total del orden jurídico se encuentra sometido a la Constitución y que ninguna autoridad del Estado tiene algún poder o facultad sin que se desprenda o estipule en el propio ordenamiento jurídico³³.

Hans Kelsen, al referirse al carácter dinámico del sistema normativo, hace mención que la norma fundamental regula su propia creación en cuanto una norma jurídica determina la creación, así como, en cierta medida, el contenido de la misma, constituyendo lo anterior su fuente de validez.³⁴ La relación que existe entre ambas normas se presenta como un vínculo de supra y subordinación, entre la norma creadora y la creada por la primera, siendo ésta superior por propiciar el origen de la norma. En éste sentido, Kelsen señala que *“el orden jurídico no es por tanto un sistema de normas coordinadas entre sí, que se hallasen, por así decirlo, una al lado de la otra, en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles”*³⁵. Básicamente la creación de normas, así como el contenido de las mismas, se hallan subordinadas por otras de grado superior, quienes, a su vez, se determinan por otras todavía con mayor rango jurídico, estando en la cúspide normativa la Constitución.

La supremacía Constitucional se comporta como un ente jurídico capaz de someter bajo el don del mando el qué se estipula en el propio ordenamiento donde todos estamos sujetos a la misma, sin embargo, cabe preguntarse el porqué de

³³ TAMAYO Y SALMORÁN, R., *Introducción al estudio de la Constitución*, cit., p. 221.

³⁴ Según Kelsen, una norma se considera válida por haber sido creada en la forma establecida por otra, la última constituye la razón de validez de la primera, en KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad., García Máynez, E., Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983, p. 146.

³⁵ *Ibidem*.

esta sujeción. Las múltiples respuestas que ofrece el planteamiento, nos lleva a destacar el título de esta tercer característica, la Constitución como soberana (supremacía constitucional). El manifestar que los ciudadanos están sujetos bajo una ley fundamental, el argumento que a nuestro parecer es más convincente, va de la mano con la soberanía, que, bajo la concepción de la misma, podemos manifestar que la Constitución es un producto de la decisión de una soberanía y, por tanto, resulta una respuesta más adecuada y satisfactoria.

Ejemplo de lo anterior, es el Preámbulo de la Constitución Española donde manifiesta que ésta es producto de la nación en uso de su soberanía, así también en su epígrafe 1.2 reza: *“La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”*. Otro ejemplo, en el mismo sentido, es el artículo 39 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reza que *“la soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno”*.

Al llegar al principio de soberanía en nuestro estudio, nos lleva a un nuevo itinerario analítico lleno de interrogantes sobre la concepción del mismo, ya que, al ver los ejemplos de ambos ordenamientos jurídicos, nos queda claro lo abstracto y confuso del concepto. Francisco Laporta, hace alusión que la concepción de soberanía del pueblo, se va cristalizando históricamente en torno a la idea de “libertad política” hasta el momento en que se identifica en plenitud con ella, *“en efecto, no deja de resultar sorprendente que lo que, en sentido estricto, no constituye más que un método para la toma de decisiones que afecten a todos se haya asociado tan universalmente la idea de libertad”*³⁶.

Ahora bien, hablar de supremacía constitucional y aceptar que todos los sujetos se encuentran supeditados al pacto, se debe por su carácter de ser un acto soberano (o al menos en esencia eso parece ser) a través del poder constituyente,

³⁶ LAPORTA, F. J., "Norma básica, Constitución y decisión por mayorías", ID., *Constitución: problemas filosóficos*, edición a cargo de Laporta, Francisco, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 88 y ss.

colocándonos en condiciones de abordar la siguiente característica: Constitución y poder constituyente.

4.1.4 Constitución y poder constituyente

Antes de exponer la relación que existe entre Constitución y poder constituyente, se considera pertinente justificar brevemente el porqué es una característica del concepto racional normativo y, por tanto, un elemento que condiciona al poder.

Nos encontramos que el poder constituyente es el punto de origen de todo ordenamiento jurídico. Institución que utiliza el poder en un momento determinado para institucionalizarse. Es el momento clave, donde el juego de poderes se organiza para instaurar una Constitución, momento donde se fijan las grandes “reglas del juego³⁷” políticas y sociales de una determinada comunidad. Es por ello, que el origen de todo ordenamiento jurídico es un punto importante de reflexión del estudio constitucional, y más cuando que lleva consigo una carga tan pesada, que es, poner un freno al poder.

El debate en una asamblea constituyente es la antesala del derecho positivo y, que muy posiblemente, se tenga que analizar desde el prisma de la sociología para determinar cuáles son los factores sociales e históricos que lograron organizarse para dar marcha a la construcción de una Constitución. Lo que queremos resaltar es, que dentro del concepto de Constitución se subraye la desaparición del poder constituyente una vez instaurado el ordenamiento, siendo, indispensable la diferenciación entre poder constituyente y poderes constituidos. Lo anterior, por una sencilla razón, el primero es un poder ilimitado y el segundo encuentra sus límites dentro del ya derecho positivo encuadrado en una Constitución.

Para el estudio del poder constituyente, (sin el ánimo de ser exhaustivo) expondremos distintos conceptos que de manera similar (desde distintas ópticas)

³⁷ VANOSSI REINALDO, J., “En torno al concepto de Constitución: sus elementos”, en *Libro homenaje a Manuel García Pelayo*, Ed. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Tomo I, Venezuela, 1980, p. 53.

hacen alusión que éste poder, es el creador del máximo ordenamiento de un Estado y, una vez concluido el proceso de formación, se extingue en el momento.

El célebre ensayo de Sieyès denominado *¿Qué es el tercer Estado?*, hace manifiesto que: “*por encima de la nación y por encima de ella, sólo se puede vislumbrar el derecho natural. Cuando la nación decide por medio del poder constituyente, instaure una Constitución*”³⁸. Uno de los legados teóricos de Sieyès, corresponde a su paternidad en la construcción de la teoría del poder constituyente, destacando que tanto Constitución y poder constituyente, son conceptos enlazados y ambos, no se podrían entender el uno sin el otro³⁹.

Por otro lado, en una misma línea argumentativa, el autor Maurice Hauriou define la superlegalidad constitucional cuando existen los siguientes elementos: una Constitución escrita, rígida y que sea instaurada por un poder constituyente⁴⁰. A su vez, Hauriou, establece tres características de éste poder:

- 1) Es una especie de Poder Legislativo
- 2) Pertenece a la nación, aunque éste lo ejerce a través de representantes
- 3) Las personas que representan el Poder Constituyente son más bien, representantes de la Nación, y, los legisladores, representan al Estado; por consiguiente, el poder constituyente es más próximo a la nación, y el legislativo se acuña al Estado⁴¹.

Es evidente que para el autor, la nación es considerada como materia social; en cambio, el Estado, es el mismo grupo de personas pero, organizadas en una determinada forma política.

Por otro lado, la definición propuesta por Carl Schmitt señala que el poder constituyente es: “*la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia*”

³⁸ CARPIZO, J., “Algunas reflexiones sobre el poder constituyente”, en Carbonell, M., *Teoría de la Constitución, ensayos escogidos*, 5ª edición, ed. Porrúa, México, 2012, p. 206.

³⁹ SIEYÉS, E., *¿Qué es el tercer Estado?* trad. e introducción, Lorente S., y Vázquez J., ed. Alianza, Madrid, 1989, pp. 17 y ss.

⁴⁰ HAURIE, M., *Principios de derecho público y constitucional*, Cit., p. 345 y ss.

⁴¹ Idem, p. 348 y ss.

política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo".⁴² Schmitt enfatiza que pertenece al mundo del ser, y que no tiene su fundamento de validez en una norma, sino en una decisión meramente política, por ende, dicho poder es la existencia de la propia comunidad.

Para Sánchez Agesta, el poder constituyente implica una legitimidad trascendente, institución que se encuentra en contraposición con el derecho positivo, ya que se apoya en valores de justicia superiores a ésta corriente que es incapaz de solventar. El autor señala que: *"el fundamento recto de la legitimidad de ésta afirmación histórica, solo puede hallarse en el Derecho natural"*.⁴³

En contexto, podemos sintetizar que el poder constituyente es la antesala del derecho positivo consagrado en la Constitución de un Estado, apoyado por una serie de valores de justicia superiores (Agesta) o del derecho natural (Sieyès), que la Nación, por medio de un único acto de voluntad político, se gesta una Constitución.

A pesar de las críticas al estudio del poder constituyente⁴⁴, queda claro que hablamos de un poder que instaaura una primera Constitución⁴⁵, que, a su vez,

⁴² SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Cit., p. 123 y ss.

⁴³ SÁNCHEZ AGESTA, L., *Lecciones de Derecho político*, ed. Imprenta de Paulino Ventura, Granada, 1943, p. 385.

⁴⁴ Una de las críticas al estudio del poder constituyente es elaborado por Laporta quien manifiesta que: "En efecto, si aceptamos que la autoridad que se constituye en las normas de reforma constitucional es la máxima autoridad porque puede dictar y derogar las normas de máximo rango ¿qué hemos de pensar de las normas que la hacen posible? Lógicamente tienen que haber sido dictadas por una autoridad todavía superior, la cual, a su vez, estaría constituida por normas de competencia aún superiores a ella, que nuevamente tendrían que haber emanado de una autoridad superiorísima, y así hasta el infinito. Cuando los juristas excesivamente formalista llegan a estos límites es cuando, invariablemente, suelen recurrir a entidades misteriosas, como la de "poder constituyente", "norma hipotética", etc., para tratar de disipar el aire de aporía que tienen estas cosas. Pero los análisis de tales conceptos muestra siempre que suele tratarse de convenciones profesionales para tapar los agujeros teóricos que arrastran consigo los principios mismos de sus argumentaciones. En este caso el principio tácito que trata de mantenerse a toda costa es el que afirma que los juristas han de dar respuesta a todas las cuestiones jurídicas "desde dentro" del orden legal. Esto, sin embargo, no es más que una ilusión de la ciencia jurídica. Las normas de reforma constitucional y los problemas lógicos que suscitan no pueden ser resueltos permaneciendo dentro del recinto legal, porque son problemas cuya solución parece precisamente "expulsarnos" del ámbito del derecho hacia los hechos sociales, hacia las pugnas de la vida política y social". LAPORTA, F.J., "Norma básica, Constitución y decisión por mayorías", en Laporta, F.J., *Constitución: problemas filosóficos*, cit., p. 80.

⁴⁵ Guastini hace referencia a ésta primera Constitución que no encuentra su fundamento de legitimidad en una Constitución precedente. *"Una primera Constitución es, en suma, una Constitución emanada extra*

faculta la creación de poderes constituidos. Aunque es evidente la diferencia sustancial que existe entre el poder constituyente y los poderes constituidos, el mexicano Jorge Carpizo, pone de manifiesto cinco diferencias que nos ayudan a comprender la divergencia entre ellos:

Mientras que el poder constituyente es un poder de origen, poder que se encuentra en sí, los poderes constituidos derivan de la Constitución. El poder constituyente es un poder creador de todo el orden jurídico, los constituidos son creados por el propio poder constituyente de la Constitución. El poder constituyente, en principio, es un poder jurídico ilimitado; mientras que los poderes constituidos, se encuentran limitados y no pueden actuar más allá de lo que dicta su competencia. El poder constituyente es un poder de una sola función: crear una Constitución, en cambio, los poderes constituidos poseen múltiples funciones. El poder constituyente no gobierna, los constituidos son creados precisamente para la función de gobernar⁴⁶.

Al respecto García Pelayo señala que tanto los órganos como instituciones del Estado, son creadas por la Constitución, derivando sus poderes y respectivas competencias, los cuales, no pueden ser creadores de ésta Constitución, ni cabe dentro de sus competencias el poder reformarla, ya que al hacerlo, estarían anulándose a ellos mismos. La finalidad capital de la Constitución, consiste en asegurar el resguardo de los derechos individuales, es, entonces, cuando el concepto racional normativo *“le sea inherente la distinción de poder constituyente y poder constituido, de forma que sólo al primero le corresponde decidir sobre la*

ordinem –fruto de una revolución –y por tanto privada de fundamento de validez en normas (las eventuales normas sobre la producción constitucional) propias del ordenamiento constitucional precedente” Vid., GUASTINI, R., “La Constitución como límite a la legislación”, ID., Guastini R., *Estudios sobre teoría constitucional*, 4ª edición, trad. Carbonell, M., ed. Fontamara, 2013, pp. 49-52.

⁴⁶CARPIZO, J., “Algunas reflexiones sobre el poder constituyente”, ID, Carbonell, M., *Teoría de la Constitución, ensayos escogidos*, cit., p. 214. Es importante mencionar que existe también una diferencia entre asamblea constituyente, asamblea proyectista y poder constituyente. El poder constituyente es sinónimo de pueblo y soberanía, es el pueblo que decide un orden jurídico, que deviene en una Constitución. Por otra parte, la asamblea constituyente es la designada por el pueblo con un objetivo: el de discutir y aprobar una Constitución. Las asambleas proyectistas por otro lado, son las electas por el pueblo para que redacten un proyecto de Constitución, el cuál debe ser sometido después a referéndum a consideración del pueblo. La primera vez que una Constitución se sometió a éste método, fue en Francia, en julio de 1793, aunque la Constitución nunca entró en vigencia.

Constitución como totalidad o sobre sus reformas". Por lo anterior, existe además del poder constituyente originario, un poder constituyente constituido,⁴⁷ permitiendo un método de reforma ordinario y otro especial más dificultoso para la modificación de la Constitución, introduciendo así, un elemento fundamental al concepto racional normativo de Constitución, distinción que no solamente alude a un elemento material, sino, también formal entre las normas constitucionales y las normas jurídicas ordinarias⁴⁸.

4.1.5 Constitución, reforma y rigidez constitucional

Cuando se estudia el tema del poder constituyente, resulta casi ineludible mencionar algunos aspectos referentes a la problemática que conlleva el proceso de reforma constitucional una vez disuelto éste conflicto, que dependerá, de las posibles vías de modificación constitucional, que se determinaran en cuanto a su flexibilidad, rigidez e inclusive, cláusulas pétreas dentro del ordenamiento, propiciando, un blindaje constitucional a generaciones futuras con respecto a la ley fundamental.

Al respecto, es interesante señalar el debate sostenido por Burke y el escrito elaborado por Tomás Paine denominado *los derechos del hombre*, donde el autor hace manifiesto que: *cada edad y cada generación tienen el derecho de elegir su propio destino. El hombre no tiene propiedad sobre el hombre y no hay tiranía más insolente que la de una generación que pretende gobernar más allá de la tumba*⁴⁹. Al contrario, Burke defendió en su momento el derecho de los muertos de gobernar sobre los vivos, en contrario, Paine alude a que *si alguna generación humana poseyó el derecho de imponer la forma en que el mundo debía ser gobernado para siempre, fue precisamente la primera generación que existió, y*

⁴⁷ El término de poder constituyente constituido lo podemos encontrar en: SÁNCHEZ AGESTA, L., *Lecciones de Derecho político*, cit., p. 390 y ss.

⁴⁸ GARCÍA, PELAYO, M., *Derecho constitucional comparado*, cit., p. 36.

⁴⁹ PAINE, T., *Los derechos del hombre*, trad. Fernández de Castro y Muñoz Molina, Fondo de Cultura Económica, México, 1944, p 11.

*esa generación no lo hizo, ninguna generación posterior puede pretender ninguna autoridad para hacerlo ni imponerla de ninguna manera*⁵⁰.

Es evidente el debate en torno al derecho que existe en que cada generación pueda llevar a cabo modificaciones del máximo ordenamiento jurídico, polémica que se suscita en el momento de la instauración de una primera Constitución, que, por medio del poder constituyente, se fijan las reglas de actuación válidas para el procedimiento de reforma constitucional a través de los poderes constituidos.

Además del procedimiento de reforma constitucional que dependerá de la rigidez-flexibilidad constitucional de cada ordenamiento jurídico, existe la posibilidad de petrificar la propia Constitución o algunos enunciados constitucionales, tal como señala Thomas Jefferson que los contemporáneos no tenían ni el derecho ni la posibilidad de atar a la posteridad con cláusulas constitucionales que no se pueda reformar.

Es patente la preocupación sobre el tema de reforma y su vínculo con la rigidez constitucional, ya que una Constitución petrificada significaría atar a varias generaciones en torno a una inflexibilidad jurídica a los cambios sociales, jurídicos y políticos que en cada generación se van suscitando. También es cierto, que una Constitución sin un cierto grado de rigidez puede mutilarse en favor de quienes detentan el poder, y a convicción de las necesidades de éste y no de la nación.

Pedro de Vega señala que, para llevar a cabo una reforma a la Constitución. En primer lugar ésta debe de ser un instrumento de adecuación entre la realidad jurídica y la realidad política. En segundo lugar, la reforma debe presentarse como un mecanismo de la continuidad jurídica del Estado. Y, por último, como institución básica de garantía⁵¹.

Ahora bien, tomando en consideración los tres elementos señalados por Pedro de Vega, salta la siguiente pregunta, ¿qué tan complejo debe ser poder reformar una

⁵⁰ Idem., p. 59.

⁵¹ DE VEGA, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, 7º reimpresión, ed. Tecnos, Madrid, 2011, p.67 y ss.

Constitución? O mejor dicho, ¿qué grado de rigidez-flexibilidad debe de contemplar la Constitución? De entrada, podemos responder con los riesgos que podría representar, que la gradualidad deberá ser analizada de acuerdo a los contextos políticos de cada Estado, pero ¿cómo podríamos colocar un horizonte a dicha gradualidad, pero sobre todo, el cómo se podría justificar? Prieto Sanchís, señala *“una Constitución es rígida cuando ha de ser reformada por un sujeto distinto (referéndum, asamblea convocada al efecto, intervención de varios sujetos colegisladores) o mediante una mayoría cualificada; y es flexible cuando la misma mayoría que aprueba las leyes puede aprobar también la reforma, aun cuando haya de seguir un procedimiento diferente”*.⁵²

Ciertamente, una mayor gradualidad de rigidez constitucional propiciaría un mayor límite al poder, sin embargo, el extremo sería, tener un ordenamiento incapaz de sufrir alguna modificación que se considere necesaria debido a un determinado contexto, la gradualidad, pero sobre todo, la justificación del porqué cierto grado de rigidez, determinará la mayor o menor robustez a favor de condicionar al poder. Una cosa es violentar la Constitución y otra reformarla⁵³; bajo este prisma, posiblemente un poco meloso ante los caprichos del poder, nos encontramos en un punto donde la falta de rigidez podría suscitar un desquiciado parlamento en favor a los detentadores del poder⁵⁴ y por consiguiente, no sería éste un elemento que refuerce la misión de la Constitución en limitar al poder.

⁵² PRIETO SANCHÍS, L., “Supremacía, rigidez y garantía de la Constitución”, ID., Prieto Sanchís, L., *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, ed. Trota, España, 2013, p. 164. Ver también los cuatro postulados que señala Carbonell con respecto al debate en torno a la rigidez constitucional, tanto en la doctrina como en la práctica constitucional: a) la relativa al órgano que debe hacer la reforma constitucional; b) la de la inconveniencia de instaurar un único procedimiento o diferenciar dos tipos de procedimientos, dependiendo de las normas a reformar; c) el grado de rigidez; y, por último d) la participación popular, iniciativa popular y referéndum. CARBONELL, M., “Sobre la reforma constitucional y sus funciones”, en Carbonell, M., (comp.) *Teoría de la Constitución*, Quinta edición, ed. Porrúa, México, 2012, p. 385 y ss.

⁵³ GUASTINI R., “La Constitución como límite a la legislación”, ID., *Estudios de teoría constitucional*, cit., p. 51 y ss.

⁵⁴ Este punto merece ser matizado. Si bien es cierto que la gradualidad de rigidez determinará la mayor o menor robustez como límite al poder, también es cierto que una flexibilidad podría llevar a la ruina a la Constitución, quedando a menester de los beneficios del poder. Sin embargo, (dependiendo de cada sistema) la propia Constitución a través de la división de poderes, podría (si es que los epígrafes que se reforman no son los que facultan) por medio de mecanismos protectores que actúan en defensa de la

4.1.6 Constitución y su contenido

La última característica de la Constitución como límite al poder, nos remite a reflexionar sobre el contenido de la Constitución, y al mencionar contenido, hacemos referencia a una parte sustancial del ordenamiento, nos referimos pues, a los derechos fundamentales.

Como punto de partida, García Pelayo, toma en consideración el célebre epígrafe 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, donde se estableció lo siguiente: *“Una sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni reconocida la división de poderes, no tiene Constitución”*. Al respecto Ricardo Guastini denota que, el término Constitución ya no solo se refiere a una organización política cualquiera, sino a una organización político liberal y garantista. Además de la división de poderes, la Constitución, contiene un contenido específico siendo estas características indispensables e indisolubles para la conformación de un ordenamiento constitucional⁵⁵; con esta doble dimensión, se condiciona aún más al poder, reforzando a la propia Constitución⁵⁶, donde el resguardo de los derechos, así como la división de poderes, permite a la Constitución mantener en cintura al poder. Francisco Tomas y Valiente, definiría lo anterior, como la Constitución mínima, donde el ordenamiento es incompresible

Constitución como por ejemplo: acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales, pueden hacer frente a las posibles arbitrariedades en caso de inflexibilidad de la norma suprema. Ver el trabajo realizado por Guastini con respecto a los límites de la reforma constitucional, GUASTINI, R., *“La Constitución como límite a la legislación”*, ID., *Estudios de teoría constitucional*, cit., p. 243 y ss.

⁵⁵ Al respecto, existe opinión en contra a la doble dimensión de la Constitución normativa racional, la cual deba contener tanto la división de poderes así como un contenido de derechos. Madison y Hamilton se opusieron en su momento (1787) a que se incluyese una declaración de derechos en la Constitución, con el argumento de que *“los derechos no se protegen con declaraciones, sino con las propias estructuras del gobierno constitucional”*, no fue sino hasta dos años después (1789) donde el Congreso propuso la declaración de derechos y se incluyó en la Constitución Federal de los Estados Unidos bajo la forma de sus primeras 10 enmiendas (1791). En este mismo sentido Sartori señala que *“una Constitución sin declaración de derechos sigue siendo una Constitución, mientras que una Constitución cuyo núcleo y parte más importante no sea la estructura del gobierno no es una Constitución. Ciertamente (no debería ser necesario decirlo) las constituciones son un plan o estructura de gobierno libre”*. SARTORI, G., *Ingeniería constitucional comparada, una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. 211 y ss.

⁵⁶ GUASTINI, R., *“Sobre el concepto de Constitución”*, ID., Guastini R., *Estudios de teoría de la Constitución*, 4º edición, trad. Carbonell, M., ed. Fontamara, México, 2013, p. 31.

sin el tantas veces citado artículo 16 de la Declaración de 1789, este concepto se refiere a una Constitución con contenidos⁵⁷.

Una vez que ocurre el proceso de positivización de los derechos humanos, y estos se colocan en una posición privilegiada dentro del ordenamiento, dicho de otro modo, una vez que la moral crítica se convierte en moral legalizada se convierten en límites al poder. A lo anterior se le denomina el proceso de constitucionalización de los derechos.⁵⁸ Por ahora, solo queremos poner el acento que la Constitución que estamos pensando, lleva consigo la dimensión de los derechos dentro de su contenido, como requisito insoslayable en el concepto de Constitución normativa.

Al inicio del apartado se propuso abordar el concepto racional normativo de Constitución tomando en consideración la tipología ofrecida por García Pelayo, y como resultado de éste modesto intento, se obtuvieron una serie de elementos capitales al concepto. Lo aquí expuesto, se determinó bajo el prisma de considerar una Constitución como límite al poder, que, bajo una serie de características, abonan para lograr dicho cometido. Pues bien, la Constitución entonces: se expresa como un límite al poder, como aquel documento que tiene, como una de sus finalidades, ser quien efectúe el orden y estabilidad política en un Estado; así mismo, adquiere la peculiaridad de ser un orden supremo, siendo fuente de normas, que surgen de la voluntad de la nación por medio de un poder constituyente, que contempla una división de poderes capaz de atrincherar al poder, así como, una serie de derechos fundamentales que condicionan el largo y ancho del ordenamiento jurídico, y, por ende, al poder.

⁵⁷ TOMÁS Y VALIENTE, F., "Constitución", en Díaz, E. Ruíz, M., (eds.), *Filosofía política II: teoría del Estado*, cit., pp. 49.50.

⁵⁸ PRIETO SANCHÍS, L., "El constitucionalismo de los derechos", en Carbonell, M., *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, cit., 213. Vid., GUASTINI, R., "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", ID., Guastini R., *Estudios de teoría de la Constitución*, 4ª edición, trad. Carbonell, M., ed. Fontamara, México, 2013, p. 153 y ss.

4.2. Concepto histórico tradicional de Constitución

Otra forma de abordar el estudio del concepto de Constitución, es a través de la historia, misma, que se compone de situaciones que fueron y que ya no serán, y sólo podemos explicar el presente en función de un pasado y, por consiguiente, del ser de ayer, debemos sustraer el deber ser del hoy y del mañana, es entonces que, por medio del historicismo *“constituye en el fundamento espiritual de la tesis de que la Constitución de un pueblo no es un sistema producto de la razón, sino una estructura resultado de una lenta transformación histórica, en la que intervienen frecuentes motivos irracionales y fortuitos irreductibles a un esquema”*⁵⁹. Es claro que cada orden constitucional ha de responder al espíritu del pueblo de cada latitud geográfica, reflejo de determinadas circunstancias que motivaron en un acto o varios, la instauración de un ordenamiento denominado Constitución.

Un trabajo loable en éste sentido, es el elaborado por Maurizio Fioravanti, dividiendo en tres momentos la historia de la Constitución: la de los antiguos, medievales y modernos. Un punto de encuentro en los tres modelos es sin duda, *“la reflexión sobre la insoslayable necesidad histórica de controlar, frenar y dividir al poder”*⁶⁰

La Constitución de los antiguos, se caracteriza por la búsqueda de un gobierno ideal; La forma de gobierno, no presupone por ello ninguna soberanía, y menos de un Estado, se refiere simplemente a un sistema de organización y de control⁶¹.

En la búsqueda de un gobierno ideal, es de gran riqueza la aportación griega, con especial énfasis la que se suscita en Atenas, donde la forma democrática de gobierno significaba: *“primacía absoluta de la asamblea atribuido a todo ciudadano sin discriminación algunas; extradición por suerte de los cargos públicos y de las magistraturas, comprendidos los tribunales, de nuevo sobre el presupuesto de una igualdad absoluta entre los ciudadanos, de tal manera que todos son considerados*

⁵⁹ GARCÍA PELAYO, M., *Derecho constitucional comparado*, cit., p. 37 y ss.

⁶⁰ BLANCO VALDÉS, R., *El valor de la Constitución*, ed. Alianza Editorial, Madrid, 1994, p.29.

⁶¹ FIORAVANTI, M., *Constitución de la antigüedad a nuestros días*, cit., p.17.

*dignos de acceder incluso a los más altos cargos; alternancia anual de los gobiernos a la parte más tenaz posible de la ciudadanía; obligación de los mismos gobernantes a rendir cuentas públicamente*⁶².

Uno de los rasgos más distintivos de la Constitución de los antiguos, es la idea vinculada con el equilibrio⁶³, considerada como parte de la herencia de éste pasaje histórico constitucional, así como la estrecha relación que existe entre democracia e igualdad.

Fioravanti subraya el legado de los antiguos a las generaciones venideras, cincelando la gran idea que *“una comunidad política tiene un forma ordenada y duradera, en concreto una Constitución, si no está dominada unilateralmente por un principio político absolutamente preferente; si las partes que la componen tiene la capacidad de disciplinarse; si, en definitiva, su vida concreta no es mero desarrollo de las aspiraciones de los vencedores*”⁶⁴.

Por su parte, la Constitución medieval, puede considerarse como *“la edad en la que el discurso sobre la Constitución deja de pertenecer de manera exclusiva al campo político y moral, del perfeccionamiento del hombre a través de la ciudadanía política común, y comienza a entrar en el mundo del derecho, a convertirse en un discurso jurídico, que nace de la práctica social*⁶⁵”. Cuando hablamos de ésta época en concreto, significa hablar de reglas, límites, de pactos y contratos que encausaban un equilibrio social.

La Constitución mixta que ofrece la época medieval, ya había sido abordada por el mundo de los antiguos, en los términos de *“un gran proyecto de conciliación social y política”*. Ésta Constitución, representaba la respuesta ante la preocupación de los antiguos sobre una crisis social y quebrantamiento social entre ricos y pobres, trayendo consigo, la disolución de la comunidad política. Por lo anterior, una de las características de la Constitución mixta era el punto medio que radicaba en que

⁶² Ibidem.

⁶³ ANSUÁTEGUI ROIG, F., *Razón y voluntad del Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, cit., p.234.

⁶⁴ FIORAVANTI, M., *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, cit., p. 31.

⁶⁵ Ibidem., p. 38.

*“todas las fuerzas y todos esos factores eran invitadores por el carácter mixto de la Constitución a reconocerse recíprocamente en el plano político, a reforzar el principio de la común pertenencia a la misma realidad política, de la común ciudadanía”*⁶⁶.

Por su parte, la Constitución de los modernos se caracteriza por mantener dos operaciones: la primera consistía en la división del poder soberano, es decir, la *“posibilidad de individualizar un límite legal a la extensión de poderes, la instauración de una norma fundamental, quizás para la garantía y tutela de los derechos humanos”*; por otro lado, la segunda operación consistía en ver la posibilidad de colocar un límite legal a la extensión de los poderes del soberano, de instaurar una norma fundamental con el propósito de mitigar al poder, y posiblemente, para garantía y tutela de una serie de derechos de todos los individuos.⁶⁷

Una de las grandes aportaciones del constitucionalismo moderno, es la elaborada por John Locke, quien señala de manera clara y firme la diferencia entre poder absoluto y poder moderado. El primero es un único sujeto tanto el rey o la asamblea, y el segundo, se suscita una división personal y de poderes, ostentando el cargo dos distintos sujetos. La máxima fundamental, siguiendo a Fioravanti es *“según la cual quien tiene el formidable poder de hacer la ley no puede ni debe disponer de los recursos y de los medios de gobierno, incluido el también formidable poder de coacción sobre los individuos”*, sin duda la más concreta garantía de los derechos según Locke es, saber quien ostenta el poder de legislar sobre los individuos, no tiene el poder directo para ejercer coacción, y viceversa⁶⁸.

El constitucionalismo es fruto del esquema de la Constitución de los modernos, considerado como el paso histórico donde se consolida la estrategia de limitar a los poderes públicos, así como la consolidación de esferas de autonomía garantizadas mediante normas. Las estrategias por las cuales se pretende limitar

⁶⁶ FIORAVANTI, M., *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, cit., p. 55.

⁶⁷ Idem., p. 86.

⁶⁸ Idem., p.93.

al poder, se remontan a épocas anteriores, ya sea en los antiguos o medievales. Será pues, interesante abordar los esquemas por los cuales se ha visto en detrimento el acaecer de los poderes públicos, siendo los derechos, uno de los principales protagonistas en esta lucha por controlar, limitar y encauzar al poder, mediante una Constitución.⁶⁹

De acuerdo con este pequeño recorrido sobre algunas de las características ostentadas por los modelos constitucionales históricos, el concepto histórico tradicional según Tomas y Valiente, es aquel que se identifica con la idea de tradición, donde se encuentra sujeto al legislador histórico y se condiciona por tanto la Constitución escrita. *“En efecto, la Constitución legal o escrita ha de respetar la Constitución interna de la nación como cristalización vinculante de su historia, lo que en la práctica política significa que la voluntad constituyente del legislador actual se encuentra limitada por la fidelidad a la Constitución histórica”*⁷⁰.

Ahora bien, es verdad que la Constitución de los modernos es fruto de la lucha de siglos por frenar el despotismo y el cruel uso del Poder. Al respecto, los conceptos históricos de Constitución, juegan un papel preponderante al momento de abordar un concepto moderno de Constitución. El estudiar un esquema del cómo se fueron gestando los límites del Poder pactados en un documento denominado Constitución, nos proporciona argumentos históricos, así como, elementos que ayudan a una mejor comprensión sobre lo sucedido en los distintos modelos históricos constitucionales.

4.3 Concepto sociológico de Constitución

Siguiendo a García Pelayo, el concepto sociológico de Constitución puede al menos definirse de las siguientes maneras: a) la Constitución pertenece al mundo del ser y no del deber ser; b) la Constitución no es producto de un devenir histórico, sino de situaciones y estructuras sociales del presente; c) la Constitución

⁶⁹ FIORAVANTI, M., *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, trad. Mora Cañada, N., y Mora Cañada, A., ed. Trotta, Madrid, 2014, p.17.

⁷⁰ TOMAS Y VALIENTE, Francisco, “Constitución”, en DÍAZ, E. RUIZ MIGUEL., (eds.), *Filosofía política II: teoría del Estado*, cit., p. 47.

no se soporta en una norma trascendente sino que la legalidad pertenece a la sociedad; “el ser, no de ayer, sino de hoy, tiene su propia estructura de las que emerge o a las que debe adaptarse el deber ser”; d) la concepción sociológica se mueve en el universo de la vigencia de la Constitución, a diferencia de la Constitución racional que gira en torno a la validez y la histórica⁷¹.

Por otro lado, Tomas y Valiente señala, que la concepción sociológica es: “*el producto de condiciones o supuestos dados en cada sociedad, con los que guarda no sólo una relación de coexistencia y de influencia recíprocas, sino una relación de derivación, puesto que la determinan y la hacen ser como es*”.⁷² Las circunstancias o factores que se refiere el concepto, serán determinadas de la visión de cada autor, por ejemplo, Montesquieu en su obra *el espíritu de las leyes*, consideraba que, de un modo especial, la naturaleza y el clima eran determinantes en cuanto al carácter de sus pueblos, influyendo en sus leyes de acuerdo a su necesidad. Marx por su parte, aludía que las relaciones económicas, condicionan fuertemente la noción de Constitución de un país⁷³.

El 16 de abril de 1862, Ferdinand Lassalle dicta una ponencia, titulada “Qué es una Constitución”, la cual, ha sido reeditada a lo largo de los tiempos por su importancia y agudeza con la que el alemán expone, una serie de elementos reflexivos en torno a la Constitución⁷⁴.

Si lográramos resumir el pensamiento de Lassalle, subrayaríamos que: la Constitución de un país es: “*la suma de los factores reales de poder que rigen en un país*”, para el autor “*Los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derecho, sino de poder; la verdadera Constitución de un país sólo*

⁷¹ GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, cit., p. 42

⁷² TOMAS Y VALIENTE, Francisco, “Constitución”, en Díaz, E. RUIZ M., (eds.), *Filosofía política II: teoría del Estado*, cit., 47.

⁷³ MONTESQUÍEU, Del espíritu de las leyes, trad., Blázquez M., y De Vega P., ed. Tecnos, Madrid, 1985, pp.155-164. Vid., WEBER, M., *Economía y sociedad*, 2ª edición, trad., Medina Echavarría, J., Roura Farella, J., y otros, ed. Fondo de Cultura Económica, España, 2002, pp. 251-258.

⁷⁴ En realidad fueron dos conferencias, la primera dictada el 16 de abril de 1862, y la segunda el 14 de noviembre del mismo año. Un excelente estudio sobre la situación jurídico-política que sirvió de inspiración al Lassalle para poder criticar la Constitución Prusiana de 1848. Vid., ABELLAN, J., “El concepto sociológico de Constitución en Alemania: Ferdinand Lassalle”, *Fundamentos*, nº6, ed. Universidad de Oviedo, 2010, pp.399-424.

*reside en los factores reales y efectivos de poder que en este país rigen y las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social*⁷⁵.

Lassalle formula su conocida contraposición entre constitución escrita y la constitución real, aplicando su concepción materialista de la historia a la historia político-constitucional. Desde esta arista, el autor alemán, explica la relación que existe entre la constitución real y la constitución de papel, atribuyéndole a esta última, el papel fundamental⁷⁶.

Para definir la constitución real, Lassalle pone de manifiesto que son los poderes reales aquella fuerza activa que hace que todas las leyes e instituciones jurídicas sean lo que realmente son, señalando como poderes fácticos los siguientes: 1) el rey con un ejército, capaz de mandar y ejercer la fuerza; 2) la nobleza, aunque no contenga un poder militar, si tiene la capacidad de influir en la corte, y con ello, poder influir para utilizar el ejército para sus pretensiones; 3) la burguesía es otro trozo de la constitución real. Que se traduce en los grandes industriales, sin el apoyo de estos, la economía de un determinado país se vería mermada; 4) los bancos representan una parte de la constitución real porque tienen una función de la que no se puede prescindir para la organización del gobierno; 5) los obreros y los pequeños burgueses, explica el autor que éste bloque sería invencible en caso de coordinación de los mismos.⁷⁷

Ahora bien, la hoja de papel, es la suma de todos los poderes reales de poder, tal como lo señala Lassalle: *“se cogen esos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da la expresión escrita, y a partir de ese momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores reales de poder, sino que se*

⁷⁵ LASSALLE, F., *¿Qué es una Constitución?*, cit., p. 84 y ss.

⁷⁶ Otros autores la denominan Constitución teórica vs Constitución real, pero en sustancia, es similar a la propuesta de Lassalle. Vid., FERNÁNDEZ SARASOLA, I., “La idea de la Constitución real en Gran Bretaña”, *Fundamentos*, nº6, ed. Universidad de Oviedo, 2010, pp. 363-398.

⁷⁷ LASSALLE F., *¿Qué es una Constitución?*, cit., pp. 78-92

*han erigido en derecho, en instituciones jurídicas, y quien atente contra ellos atenta contra la ley, y es castigado*⁷⁸.

El concepto sociológico de Constitución, pone de relieve aspectos que postulan cartas a la vigencia de un ordenamiento y, a la vez, se reflexiona sobre lo qué es la Constitución desde un enfoque sociológico, determinado más por las relaciones y factores que conllevan a un pacto social. García Pelayo afirma que, tanto la concepción sociológica e histórica, apenas influyeron sobre los juristas, siendo el concepto racional normativo, el imperante en la doctrina actual. Sin embargo, se considera que tanto la sociología como la historia, son fuentes primarias para la construcción del Derecho actual; tanto la visión del sociólogo, como el estudio y análisis del devenir histórico, forman un complemento necesario para comprender la Constitución moderna.

4.4. Conclusiones del capítulo

Los elementos de reflexión que nos ofrece la tipología del concepto de Constitución proporcionan las bases para una mejor comprensión del término en referencia, pero, sobre todo, un mejor marco para entender tan complicado tema y sus múltiples horizontes en el mundo del Derecho.

La Constitución que el constitucionalismo moderno nos ofrece, se nos presenta, como la auténtica defensora de los ciudadanos, siendo un instrumento jurídico, que tiene como finalidad frenar a cualquier tipo de poder, ese, que a pesar de la lucha durante siglos, aún impera en las distintas versiones de Estados y gobiernos.

La Constitución racional normativa es ese ímpetu que se fragua como un instrumento con rasgos que condicionan al poder. Hemos visto, que el binomio necesario que debe contemplar una Constitución, es, tanto la división de poderes, como una declaración de derechos. (Constitución mínima Tomas y Valiente). Un ordenamiento jurídico supremo que no imponga límites al poder y al contrario,

⁷⁸ Idem., p.92.

eternice la dominación de aquellos factores reales de poder (Lassalle) nos colocaría en la Constitución semántica⁷⁹ de Lowenstein.

Lo aquí expuesto nos deja claro que, es precisamente en la Constitución de los modernos cuando la idea de límites se profundiza, con el objeto de blindar las libertades. La desconfianza que pugna el constitucionalismo, se ve reflejada en el tipo de Constitución más reforzada, tanto por la división de poderes, así como de mecanismos reforzados de protección de los derechos. Hoy en día, no se comprende una Constitución sin los requisitos del constitucionalismo menos estricto; el modelo ideal correspondería a la Constitución del constitucionalismo más robusto; que la defensa constitucional sea efectiva y, por añadidura, ponga freno contra los caprichos que solo un poder despótico puede tener. Esperemos pues, que la Constitución, sea “un traje que sienta bien y que se lleva realmente” y no simplemente una “hoja de papel”.

Lassalle cuando se refiere a los factores reales de poder como partes determinantes de la Constitución, de aquella hoja de papel en términos del alemán, tiene bastante similitud a la teoría de Constitución en sentido material de Mortati, que abordaremos en el tercer capítulo de la presente investigación, como una teoría que otorga a la Constitución en sentido material, un esquema totalmente político.

⁷⁹ LOWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, cit., p. 219.

Capítulo III.- La Constitución y los derechos: posiciones teóricas

2.1- Justificación

En el presente capítulo se pretende abordar tres grandes temas en torno a la teoría de la Constitución: Constitución y el poder, Constitución y los derechos y ¿quién es el defensor de la Constitución? El estudio de los tres epígrafes mencionados, nos servirán de plataforma para abordar en el tercer capítulo la concepción de la Constitución Material. Creemos indispensable, tener claro el debate teórico sobre la necesidad o no de contemplar derechos en un ordenamiento jurídico; así mismo, es importante para nuestro tema central, conocer los tipos de relación que se pueden suscitar entre el Poder y el Derecho, pues, el resultado de la coyuntura, permitirá a la Constitución Material tener influencia en el Derecho; y, por último, la estrecha relación que existe entre el guardián de la Constitución y los derechos, es relevante para nuestro estudio, ya que el análisis está pensando en el constitucionalismo moderno y, la garantía jurisdiccional de la Constitución material, se cristaliza en el constitucionalismo como un rasgo distintivo de los tipos de constitucionalismo ya analizados en el presente estudio, considerando así, la justicia constitucional como una característica del constitucionalismo más robusto.

Para lograr el cometido, en el primer tema analizaremos tres distintas teorías con respecto a la necesidad o no de que la Constitución contemple derechos. Nos referimos a las doctrinas de: Kelsen, Schmitt y Smend. En cuanto a la elección de los autores, tomamos en consideración la propuesta formalista de Kelsen, autor con quien el positivismo jurídico alcanza su mayor plenitud; por lo anterior, es relevante para nuestro tema de estudio, su posición con respecto a la incorporación o no de derechos en la norma fundamental, postura que es criticada por sus contemporáneos. Además que por cuestiones de tiempo y espacio, se limitó el campo de estudio a solo estos tres autores.

En un segundo gran tema, abordaremos la relación que existe entre la derecho y el poder, en el marco de la Constitución; enfatizando que el primero es fruto del

segundo, en una relación recíproca y de iguales, ya que el poder se verá beneficiado al obtener un test de legitimidad, pero a la vez, se condiciona por el contenido de la Constitución; pero, no tan solo con el principio de división de poderes, sino con una especial referencia en los derechos como límites al poder.

En un tercer y último momento, se abordará el tema de ¿quién debe ser el guardián de la Constitución? Apoyándonos en el debate suscitado entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, finalizando con el debate actual que gira en torno al constitucionalismo.

2.2.- La Constitución y los derechos

2.2.1 Constitucionalización de los derechos

La Constitución que prima en el constitucionalismo moderno, es aquella que se identifica con un contenido mínimo necesario, tal como lo expone el célebre artículo 16 de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. A finales del siglo XVIII, se creía que tanto la separación de poderes y la presencia de un catálogo de derechos, eran los requisitos mínimos indispensables para que una Constitución satisficiera las exigencias éticas y políticas de una verdadera Constitución. Al respecto, Tomas y Valiente señala que: *“en la necesidad de que una auténtica Constitución, y no la que lo sea sólo de manera formal o aparente, ha de encerrar unos contenidos materiales mínimos, un determinado contenido axiológico”*⁸⁰.

Ahora bien, el derecho positivo adhiere un determinado contenido axiológico ubicándonos así en el tránsito de los derechos humanos a derechos fundamentales que son, derechos constitucionalizados colocados en un ordenamiento jurídico de la más alta jerarquía normativa⁸¹.

⁸⁰ TOMAS Y VALIENTE, F., “Constitución”, en Díaz, E., (ed.), *Filosofía política II Teoría del Estado*, cit., p.49.

⁸¹ Cabría señalar lo siguiente que *“no todos los derechos humanos son derechos fundamentales; sin embargo, todos los derechos fundamentales son derechos humanos”*, entendiendo lo anterior que los derechos recogidos por el derecho positivo, adquieren la peculiaridad de ser fundamentales. CARBONELL, M., *Los derechos fundamentales en México*, Tercera edición, ed. Porrúa-UNAM, México, 2009, p. 6.

Al respecto, el profesor de Génova Riccardo Guastini, señala que la constitucionalización es un proceso de transformación del ordenamiento jurídico, donde éste resulta totalmente “impregnado” por los derechos. *“Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales”*⁸². El autor en referencia, pone de manifiesto la imprecisión del concepto de constitucionalización, por lo que acude a un listado de condiciones que permitirán determinar la satisfactoria o no positivación de cualquier ordenamiento jurídico.

Las siete características que el autor propone para denominar la constitucionalización del ordenamiento jurídico son: 1) una Constitución rígida; 2) la garantía jurisdiccional de la Constitución; 3) la fuerza vinculante de la Constitución; 4) la sobreinterpretación de la Constitución; 5) la aplicación directa de las normas constitucionales; 6) la interpretación conforme a las leyes; y, 7) la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. La mayor o menor satisfacción de las condiciones mencionadas, determinará el grado de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, y por tanto, el grado de impregnación de los derechos⁸³.

1) *Una Constitución rígida*. En el capítulo anterior se tocó brevemente el tema de la rigidez constitucional, señalando una serie de complicaciones conforme al grado de blindaje que debe contemplar una Constitución sin que éste ate a las generaciones futuras por su derecho de reformar el máximo ordenamiento en un determinado contexto histórico futuro. Guastini señala al respecto dos características de rigidez: en primer lugar la Constitución deberá ser escrita; en segundo lugar, está se encontrará protegida ante la legislación ordinaria, lo que significa que no se podrá derogar, modificar o abrogar sino mediante un procedimiento especial de reforma (agravado) respecto del procedimiento de

⁸² GUASTINI, R., “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, ID., *Estudios de teoría constitucional*, cit., p. 153.

⁸³ Idem, p. 154.

reforma de formación de leyes. Inclusive el autor italiano va más allá, ya que pone de relieve aquellas constituciones contemporáneas donde existen principios inmutables, los cuales, ni siquiera con el procedimiento de revisión constitucional podrán ser modificados⁸⁴. En otras palabras, una Constitución más rígida tiene un efecto de mayor constitucionalización en todo el ordenamiento⁸⁵.

2) *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. La presente característica permite que la rigidez constitucional adquiriera una mayor fuerza, es decir, se imponga sobre las leyes. La gran mayoría de las constituciones modernas cuenta con un órgano para resguardar dicha garantía. Los sistemas de control jurisdiccional varían de acuerdo al sistema jurídico que se trate por cuestión de la tradición adoptada en el momento de instaurar la Constitución. Guastini distingue a tres grandes modelos: el modelo americano del modelo francés y del modelo continental europeo (Italia, España, Alemania, etcétera)⁸⁶.

3) *La fuerza vinculante de la Constitución*. Tiene como objeto la difusión dentro de la cultura jurídica, *“que toda norma constitucional –independientemente de su estructura o de su carácter normativo- es una norma jurídica genuina vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos”*⁸⁷. El proceso de constitucionalización dota de un determinado contenido normativo a todas las instituciones jurídicas del ordenamiento, su fuerza, dependerá mucho de la manera que estén redactados los preceptos, así como de los alcances interpretativos que puedan generar el órgano jurisdiccional y los análisis teóricos de la materia. Se tiene que tener claro que, *“las normas constitucionales son, ante todo y sobre todo, normas jurídicas aplicables y vinculantes, y no simples programas de acción política o catálogos de recomendaciones a los poderes públicos”*⁸⁸.

⁸⁴ Idem, p. 155

⁸⁵ CARBONELL, M., “El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”, en Carbonell y García Jaramillo (ed.), *El canon neoconstitucional*, ed. Trotta, Madrid, 2010, p. 159.

⁸⁶ GUASTINI, R., La constitucionalización del ordenamiento jurídico: caso italiano, ID., Guastini R., *Estudios de teoría constitucional*, cit., pp. 155-156.

⁸⁷ Idem, p. 158.

⁸⁸ CARBONELL, M., “El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”, en Carbonell y García Jaramillo (ed.), *El canon neoconstitucional*, cit., p. 160.

4) La “sobreinterpretación” de la Constitución. Los intérpretes encargados de desempeñar la jurisdicción constitucional, no se deberán limitar a realizar una interpretación literal de la Constitución, sino llevar a cabo una interpretación extensiva. Por medio de la interpretación más extensiva, se sobreinterpreta el texto normativo de manera que se sustraen innumerables normas implícitas no expresas, que ayudarán a regular la vida social y política. *“Cuando la Constitución es sobreinterpretada no quedan espacios vacíos –o sea, libres del –derecho constitucional: toda decisión legislativa está prerregulada (quizás aún, minuciosamente regulada) por una o por otra norma constitucional. No existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional”*⁸⁹.

El impacto que genera la sobreinterpretación, no solo recae en los poderes públicos y su relación con la sociedad, sino también entre particulares por medio del derecho privado, mismo que es condicionado por los mandatos constitucionales que establecen derechos fundamentales, tal como lo apunta Konrad Hesse: *“los derechos fundamentales influyen en todo el Derecho –incluido el Derecho Administrativo y el Derecho Procesal –no sólo cuando tiene por objeto las relaciones jurídicas de los ciudadanos con los poderes públicos, sino también cuando regula las relaciones jurídicas entre los particulares. En tal medida sirven de pauta tanto para el legislador como para las demás instancias que aplican el Derecho, todas las cuales al establecer, interpretar y poner en práctica normas jurídicas habrán de tener en cuenta el efecto de los derechos fundamentales”*⁹⁰.

5) Aplicación directa de las normas constitucionales. Esta quinta condición depende de dos elementos, por un lado de la difusión académica en el seno de la cultura jurídica y, por otro lado, de la actitud de los jueces con respecto a la aplicación directa de la Constitución. Una de las características del constitucionalismo moderno, tiende a pensar que una de las funciones de la

⁸⁹ GUASTINI, R., “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: caso italiano”, ID., Guastini R., *Estudios de teoría constitucional*, cit., pp. 159-160.

⁹⁰ KONRAD, H., “Significado de los derechos fundamentales”, en Ernst Bend y otros (eds.), *Manual de derecho constitucional*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 93.

Constitución es moldear las relaciones sociales, concibiendo en todo momento que la Constitución es el límite de la ley⁹¹.

6) *La interpretación conforme a las leyes*. La sexta condición tiene que ver con la interpretación de la ley y no de la Constitución. *“la interpretación conforme es aquella que adecua, armoniza la ley con la Constitución (previamente interpretada, se entiende), eligiendo –frente a una doble posibilidad interpretativa –el significado (o sea, la norma) que evite toda contradicción entre la ley y la Constitución⁹²”*. El efecto que se produce, es evitar que la ley contradiga la propia Constitución y, por ende, declararle inconstitucional. La interpretación conforme se convierte en una característica importante de constitucionalización.

7) *La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas*. La última de las condiciones de constitucionalización del ordenamiento jurídico a las que se refiere Guastini depende de una pluralidad de elementos que el autor clasifica en tres dimensiones: a) la Constitución deberá prever la solución de conflictos de naturaleza política entre los distintos órganos del Estado, disyuntivas que tiene que ver con las relaciones de poder entre los distintos niveles de gobierno de los órganos del Estado. En algunos casos, éstos se podrán resolver si el ordenamiento prevé que un órgano jurisdiccional resuelva dichas controversias haciendo uso de los mandatos constitucionales. b) Que los órganos judiciales quienes juzgan la legitimidad constitucional de las leyes (justicia constitucional) adopten una postura de *self-restraint* frente a las *political questions*. c) Que las normas constitucionales sean usadas en la argumentación políticas por los actores políticos, y que éstas sirvan para justificar decisiones y acciones⁹³.

Por último, Guastini señala que, tanto la rigidez constitucional y la garantía jurisdiccional de la Constitución son, requisitos indispensables en el sentido de

⁹¹ GUASTINI, R., La constitucionalización del ordenamiento jurídico: caso italiano, ID, Guastini T., *Estudios de teoría constitucional*, cit., p. 161.

⁹² Idem, p. 162.

⁹³ Idem, pp. 163-164.

que, no se puede concebir la constitucionalización del ordenamiento jurídico debido a su ausencia⁹⁴.

Por su parte, Carlos de Cabo denomina la presencia de derechos en la Constitución como “*hiperconstitucionalización del sistema*”, misma que se lleva a cabo mediante dos vías: la primera de ellas se desarrolla por una extensión de los derechos y libertades, reforzando así numerosas cuestiones y, en segundo lugar, encontramos en la Constitución el poder de regulación en todas las materias posibles, limitando con ello al propio legislador, propiciando espacios más reducidos para su actuación⁹⁵.

Tanto la versión de Riccardo Guastini y la propuesta de Carlos de Cabo podemos encontrar que, debido a la presencia de derechos en el ordenamiento jurídico, éstos condicionan a todos los operadores jurídicos, con especial énfasis al legislador. Tal como lo afirma Ansuátegui Roig “*la Constitución del constitucionalismo expande su presencia por todo el ordenamiento jurídico, mostrando su influencia en ámbitos cuya regulación correspondía antes a otras instancias, y condicionando de manera directa la actuación de determinados operadores jurídicos. Este condicionamiento es evidente en el caso del legislador*⁹⁶”.

El reconocimiento de derechos fundamentales en un ordenamiento jurídico, representa también, (además de ser límites al poder) la recuperación del significado histórico originario de las teorías naturales, desapareciendo así un enfoque iusnaturalista por la Constitución, erigiéndose, como la gran herramienta de combate frente al poder institucionalizado en un Estado, e inclusive ante cualquier poder.⁹⁷ Destacando, que el reconocimiento constitucional no es una

⁹⁴ Idem, p. 154.

⁹⁵ CARLOS DE CABO, M., *Sobre el concepto de ley*, ed. Trotta, Madrid, 2000, p. 80.

⁹⁶ ANSUÁTEGUI ROIG, F., *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, cit., pp. 233-234. Al respecto Dworkin señala que los derechos son cartas de triunfo ante el poder. Vid., Dworkin, R., *Los derechos en serio*, trad., Guastavino M., ed. Ariel, Barcelona, 2012, p. 37 y ss. Vid., Dworkin, R., *Justicia para erizos*, trad., Pons, H., ed. Fondo de Cultura Económico, México, 2014, pp.399-403.

⁹⁷ PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, ed. Debate, Madrid, 1990, p.98. Sobre la relación que tiene la Constitución y los derechos frente al poder, será expuesto en el siguiente apartado.

condición de la existencia jurídica de los derechos, pero sí es un requerimiento para que éstos sean titulares de obligatoriedad estatal⁹⁸.

La categoría de derechos fundamentales, eleva la resistencia de los derechos frente a los poderes estatales y ante cualquier tipo de poder. Las consecuencias que deriva la positivación de los derechos será expuesta más adelante, por ahora, interesa tener claro que los derechos al ser recogidos en la Constitución, los poderes del Estado se encuentran limitados, con un especial énfasis en el poder legislativo o parlamentario.

Pues bien, lo que define Guastini como constitucionalización del ordenamiento jurídico, el español Prieto Sanchís lo denomina como el *constitucionalismo de los derechos* o, Constituciones materiales o garantizadas -sobre éste punto volveremos más adelante- señalando que *“una Constitución que presenta un denso contenido sustantivo formado por normas de diferente denominación (valores, principios, derechos o directrices) pero de un idéntico sentido, que es decirle al poder no sólo cómo ha de organizarse y adoptar sus decisiones, sino también qué es lo que puede e incluso, a veces, qué es lo que debe decidir”*⁹⁹. Cuando una Constitución reúne las características anteriores, donde figura un amplio contenido sustancial que irradia todo el ordenamiento sometiendo al poder en prácticamente todo su actuar, la protección y efectividad se encomendará a los jueces, o se podrá tener legislación secundaria con respecto a la organización y procedimientos, los cuales sirvan para vigilar y fungir coercitivamente ante la infracción de los derechos fundamentales.

⁹⁸ Al respecto es interesante el argumento de Llorente al referirse: *“La declaración de derechos y su garantía deja de ser así un añadido de la Constitución, para pasar a ser su núcleo, y las libertades que esa declaración consagra cumplen ya una muy otra función”*. RUBIO LLORENTE, F., “La Constitución como fuente del Derecho”, en: Carbonell M., (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 5ª edición, ed. Porrúa, México, 2012, p. 162.

⁹⁹ PRIETO SANCHÍS, L., “El constitucionalismo de los derechos”, en Carbonell M., (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, cit., pp. 213-214.

2.2.2 Modelo francés y norteamericano rasgos distintivos del constitucionalismo moderno

Tanto el catálogo de derechos humanos y la garantía jurisdiccional del ordenamiento jurídico, no representan un hallazgo de nuestro tiempo, ambos elementos, son reflejo de la combinación del modelo francés y norteamericano.

Pues bien, las revoluciones tanto norteamericana y francesa figuran como los dos pilares en los que descansa lo que hoy conocemos como Constitución. Por un lado, la distinción jurídico-política es distinta de acuerdo a cada una de las experiencias revolucionarias. Por tanto, la Constitución ha sido concebida como un documento de carácter *político* que organiza tanto el funcionamiento de los poderes del Estado –legislativo y ejecutivo –esbozando tanto los límites y relaciones de cada uno de ellos. Así también, la Constitución se ha determinado como un documento de índole *jurídico* que actúa solamente como norma básica del ordenamiento jurídico estatal, configurándose como un auténtico y supremo derecho del Estado¹⁰⁰. Estas dos concepciones reflejan el valor que le otorgan a la Constitución tanto del modelo norteamericano y francés. Los dos caminos tan divergentes que se gestaron en distintas latitudes geográficas que, por un lado, observamos un texto de dimensión política, (francés) y por otro, un documento de corte jurídico (norteamericano). Las dos versiones del constitucionalismo cuyo rasgo unificador, es buscar garantizar y proteger la Constitución, así como, limitar al poder independientemente de los instrumentos de los que cada modelo se valga para lograr dicho cometido.

Pasemos ahora a identificar los rasgos distintivos de los dos modelos constitucionales, con el fin de acentuar su aportación al modelo de Constitución contemporáneo.

La experiencia norteamericana da inicio con la *Declaración de Independencia* de 1776 después de haber sido una colonia inglesa. Posteriormente, se lleva a cabo

¹⁰⁰ BLANCO VALDÉS, R., *La configuración del concepto de Constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana*, ed. Universidad Santiago de Compostela, Barcelona, 1996, p. 5.

un proceso de cambio político culminado en la Constitución norteamericana del 17 de septiembre de 1787. El ordenamiento jurídico, presentaba novedades interesantes. Una de ellas tenía que ver con un modelo de separación de los poderes del Estado; así también, se establecía un esquema de procedimiento legislativo específico y especial para llevar a cabo reformas constitucionales, presupuesto que se constituiría indispensable para la denominación de una Constitución rígida¹⁰¹.

Por ahora nos limitaremos a mencionar lo anterior, puesto que en páginas posteriores reflexionaremos sobre el cómo el modelo norteamericano estipula un esquema de separación de los poderes del Estado; así mismo, veremos como el famoso caso *Marbury vs Madison* del juez Marshall da vida al *Judicial Review*, institución que blinda la Constitución por medio del control de constitucionalidad, propiciando el origen del principio de supremacía constitucional sobre las leyes.

Por su parte, el modelo francés aporta al constitucionalismo, (a finales del siglo XVIII) las declaraciones de derechos, siendo éstos un catálogo de derechos ejemplo de densidad material o sustantiva, mismos que contemplaran derechos civiles y políticos, incluso muchos derechos de carácter social que reaparecerían en un primer momento en la Constitución de México de 1917 y posteriormente en la de Weimar de 1919, así como en la segunda república española¹⁰².

Tanto el modelo norteamericano, como el francés, llevan consigo rasgos distintos de acuerdo a su respectiva tradición, pero, lo que queremos resaltar es, que la novedad que se nos presenta en el constitucionalismo moderno, es la unión de dichas tradiciones para la conformación de un modelo constitucional, tal como lo afirma Fioravanti: “*en efecto, estas constituciones han reafirmado de nuevo el*

¹⁰¹ BLANCO VÁLDES, R., *El valor de la Constitución*, cit., p.103.

¹⁰² PRIETO SANCHÍS, L., “El constitucionalismo de los derechos”, en Carbonell M., (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, cit., p. 214. En lo que respecta al modelo francés, es importante mencionar que los debates que se sostuvieron durante la realización de las constituciones de 1791, 1793 y 1795, son de un enriquecedor aporte teórico referente a la separación de poderes, así como el importante debate con respecto al guardián de la Constitución, que por un lado, veremos posiciones con respecto al parlamento y la supremacía de la ley y en contrario, la creación de un Tribunal Constitucional y la supremacía constitucional. Temas que se abordaran más adelante.

principio de soberanía popular contra la tradición decimonónica que lo había desterrado a favor del principio de soberanía del Estado. Han retomado de nuevo la tradición revolucionaria de las Declaraciones de derechos, expandiendo su objeto hacia los derechos sociales que, sólo de manera efímera aunque relevante, habían sido afirmados en el curso de la revolución francesa. Y, además, estas mismas constituciones se proponen, frente al estatismo liberal decimonónico, como constituciones rígidas protegidas por procedimientos particulares de revisión y reforzadas por una difusión progresiva del control de constitucionalidad, organizado de manera distinta que el estadounidense difuso, pero operante también, por lo menos en buena medida, como jurisdicción de las libertades, que como tal presupone una decisión fundamental de tipo constituyente que ha incardinado las libertades en la Constitución, de tal manera que las sustrae del posible arbitrio de los poderes constituidos”¹⁰³.

La deuda que se tiene con el modelo norteamericano se debe cuando el poder constituyente se decide en formar una Constitución, ésta se instaure como suprema y garantizada mediante el control de constitucionalidad y, por otro lado, se condensa un amplio contenido de normas sustantivas que condicionan a todos los poderes del Estado, siendo ésta última una deuda al modelo francés¹⁰⁴.

Al respecto de lo anterior, Fioravanti comenta que tanto el modelo francés como el norteamericano, se formaron de forma contemporánea pero que nunca se combinaron en aquella época, y a raíz de las circunstancias históricas que en cada modelo se suscitaron, el modelo norteamericano definió a la Constitución como *norma fundamental de garantía*, donde la rigidez constitucional y el control de constitucionalidad, son herramientas de la defensa de una Constitución frente, al desconfiado significado de la *norma como directiva fundamental* que, el modelo

¹⁰³ FIORAVANTI, M., *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, trad. Martínez Neira, M., 6ª edición, Trotta, Madrid, 2009, p. 127.

¹⁰⁴ Es de resaltar el apunte que propone Prieto Sanchís con respecto a la conjugación de los modelos constitucionales francés y norteamericano “*Frente al rousseauismo poder constituyente que nunca termina de constituirse y que desemboca en la supremacía de Parlamento y de su ley, ahora el poder constituyente ha querido tomar cuerpo en un documento que se postula como supremo y garantizado*”. Vid., PRIETO SANCHÍS, L., “El constitucionalismo de los derechos”, en Carbonell M., (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. cit., p. 214.

francés había adoptado, siendo Francia un país resistente para adoptar un verdadero control de constitucionalidad, asociado a un principio de rigidez constitucional en amparo de los derechos. Lo anterior debido al fuerte predominio que se ha ejercido históricamente en torno a la voluntad general, culminando en una hegemonía absoluta del legislador, fungiendo como un poder ilimitado para reformar la Constitución. *“En definitiva, en la tradición revolucionaria, la Constitución era límite al posible arbitrio de los poderes constituidos, o norma directiva fundamental que aquellos poderes que aquellos poderes siguen en cuanto que pretenden encarnar por un su cuenta la voluntad general o en cuanto que la soberanía popular pretende imponerles esa misma dirección. Por lo cierto es que, en el tiempo de las revoluciones, la Constitución no podía ser las dos cosas juntas, límite y dirección al mismo tiempo”*¹⁰⁵.

Ahora bien, pasemos a revisar algunas posturas teóricas referentes a la necesidad o no, de considerar los derechos en una Constitución. Para lo anterior, creemos indispensable abordar el fenómeno jurídico de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, siendo éste un proceso que se origina cuando un derecho humano pasa ser derecho positivo (derecho fundamental); asimismo, se ha mencionado algunos rasgos distintivos de los modelos constitucionales francés y norteamericano, colocando el acento en aquellas características que de manera más o menos robusta, el constitucionalismo moderno adopta en su conjunto ambos modelos, lo que permite concebir a la Constitución de manera simultánea, como garantía y como norma directiva fundamental.

¹⁰⁵ La tarea difícil será la de conjugar ambas tradiciones, tal como lo señala el autor *“combinar los dos aspectos significa también, inevitablemente, templar y corregir algunos de sus respectivos caracteres originarios. Así, la rigidez de la Constitución ataca de manera decisiva la convicción revolucionaria de la infalibilidad del legislador que encarna la voluntad general; o aquella, conexa, de la posibilidad de modificar ilimitadamente la Constitución misma por parte del pueblo soberano. Pero, al mismo tiempo, la presencia de la Constitución como norma directiva fundamental hace necesaria la definición de deberes sustanciales de los poderes públicos que trascienden la mera defensa y garantía de los derechos y libertades”*. En consecuencia el autor señala que las constituciones democráticas actuales intentan combinar lo que las revoluciones aparecía irremediamente separado, trayendo como consecuencia que *“la doctrina del constitucionalismo ya no puede ser sólo doctrina del gobierno limitado sino también doctrina de los deberes del gobierno”*. Vid., FIORAVANTI, M., *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, cit., pp. 130-131. Ver la opinión al respecto Prieto Sanchís en: PRIETO SANCHÍS, Luis, *“El constitucionalismo de los derechos”*, en Carbonell M., (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, cit., 214.

2.2.3 La Constitución y los derechos (posiciones teóricas)

La obra de Hans Kelsen es considerada como una etapa fundamental en la historia del Derecho, que se desarrolla durante el siglo XX¹⁰⁶. La denominada *Teoría Pura del Derecho* en palabras del propio autor es: “*una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no una teoría sobre un orden específico. Es una doctrina general sobre el derecho, y no la interpretación de normas jurídicas particulares, nacionales e internacionales. Ofrece, sin embargo, también una teoría de la interpretación*”¹⁰⁷.

El valor que ha ofrecido al mundo jurídico la obra de Kelsen es insoslayable, contribución que no sólo ha sido desde su partida, sino que al paso del tiempo, se han elaborado obras donde resaltan los positivistas Alf Ross (*Law and Justice*), Bobbio (*El positivismo jurídico*) y Hart (*The Concept of Law*)¹⁰⁸. Dichas contribuciones, no podrían ser entendidas sin el apego a la teoría del propio Kelsen, por lo que son consideradas pos-kelsenianas, tal como lo afirma Bobbio: “*a pesar de los disentimientos respecto de la obra del maestro, ambas son obras netamente pos-kelsenianas, en el preciso sentido de que no se pueden entender sin Kelsen*”¹⁰⁹. Si bien es cierto, que existen disyuntivas en torno al pensamiento kelseniano, es de resaltar que la teoría formulada durante el siglo XX ha propiciado que los juristas de hoy puedan ver más lejos que él propio Kelsen, tal como diría Bernardo de Chartres, que si los pensadores logran ver más allá es: “*porque están montados bajo sus hombros*”¹¹⁰

¹⁰⁶ BOBBIO, N., “Estructura y función en la teoría del Derecho de Kelsen”, ID., Bobbio N., *Contribución a la teoría del Derecho*, Trad. y estudio preliminar, Ruíz Miguel, A., ed. Debate, Madrid, 1990, p. 236.

¹⁰⁷ “Al caracterizarse como una doctrina “pura” con respecto del derecho, o hace porque quiere obtener solamente un conocimiento orientado hacia el derecho, y porque desearía excluir de ese conocimiento lo que no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico”. KELSEN, H., *La teoría pura del Derecho*, 5ª edición, trad., Vernengo, R., Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986, p.15.

¹⁰⁸ ROSS, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, 3ª edición, trad. R. Carrio, Genaro, Eudeba, Argentina, 2005. ID., BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, trad., De Asís, R., y Greppi, A., ed. Debate, Madrid, 1993. ID., HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, trad., Carrio Genaro, R., ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

¹⁰⁹ BOBBIO, N., “Estructura y función en la teoría del Derecho de Kelsen”, *Contribución a la teoría del Derecho*, trad. y estudio preliminar, Ruíz Miguel, Alfonso, cit., p. 236.

¹¹⁰ CAPELLA, J. R., *Materiales para la crítica de la filosofía del Estado*, Fontanella, Barcelona, 1976, p.192.

En fin, creemos que es fundamental esbozar el pensamiento de Kelsen¹¹¹ con relación al contenido de la Constitución y los derechos, colocando así un punto de a tan importante y debatido tema.

En la *Teoría Pura del Derecho* de Kelsen, el autor hace referencia que la influencia de la teoría conservadora del Derecho natural, aun se ve reflejada en la definición del Derecho, donde subsiste una idea moral de justicia que el positivismo no ha podido abandonar; asimismo, se ha inculcado que un orden jurídico estatal de carácter positivo no puede pertenecer al mundo del Derecho, si éste no se identifica con un mínimo moral, ya que debe de reunir los presupuestos de equidad y justicia. En contrario, Kelsen en una clara defensa a la Teoría Pura del Derecho y por consiguiente al positivismo jurídico del siglo XX señala que: *“la exigencia de distinguir el derecho de la moral, el derecho de la justicia, significa que la validez de un orden jurídicamente positivo es independiente de la validez de esa única moral absoluta exclusivamente válida, de esa moral de las morales, de la moral por excelencia.”*¹¹².

A pesar de lo anterior, en el sistema dinámico que propone Kelsen, hace manifiesto que: *“las normas jurídicas no son válidas por el valor intrínseco de las exigencias que las mismas emanan. Las normas jurídicas pueden tener un contenido de cualquier clase. La validez de una norma jurídica no puede ser discutida sobre la base de que su contenido es incompatible con algún valor moral o político”*¹¹³. En lo que respecta al contenido mínimo, donde cualquier contenido puede ser Derecho, nos podemos colocar en el supuesto que en términos de Robert Alexy, nos encontramos en la tesis de la *separabilidad* la cual sostiene que

¹¹¹ Es importante comentar que el pensamiento de Hans Kelsen es inabarcable en un estudio como el presente, es por ello, que nos centraremos en la posición del autor con respecto al contenido de la Constitución. El análisis de las obras de Kelsen podría llevarnos a puertos innumerables, sin embargo, resulta interesante citar en este punto, la autobiografía del autor, donde se detallan las dificultades que tuvo para su desarrollo científico, condicionado tanto por factores económicos, políticos y religiosos por su condición de judío. KELSEN, H., *Autobiografía*, trad. y presentación Villar Borda, L., ed. Universidad de Externado de Colombia, 2008.

¹¹² Idem, p. 79 y ss. El relativismo Kelseniano con respecto a que no existe un único valor, no existen valores absolutos, que no hay una justicia absoluta, sino relativa. Un sistema moral no puede cumplir con las funciones de un orden jurídico positivo.

¹¹³ KELSEN, H., *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad., García Máynez, E., cit., p. 133.

no existe ninguna conexión necesaria entre derecho y moral sino que la relación es meramente contingente, *“con ello se niega que existe una conexión necesaria entre aquello que manda el Derecho y aquello que exige la moral o la justicia, o entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser”*¹¹⁴.

Ante este supuesto, la tesis de la separabilidad propicia un margen de inclusión a la moral. Sí la afirmación de Kelsen es, que cualquier contenido puede ser Derecho, se puede considerar que el derecho positivo contemple una comunidad de valores éticos, los cuales se convierten en disposiciones constitucionales. La exigencia que deriva de lo anterior es: *“que la influencia de los contenidos morales en el Derecho sea considerada como una cuestión de hecho, y en cuanto tal como meramente contingente, y de ninguna manera como algo necesario”*¹¹⁵.

Ahora bien, el sistema kelseniano de naturaleza dinámica parte de que las normas jurídicas no adquieren su validez porque en ellas se encuentre un determinado contenido, por tanto, la validez jurídica no se discutirá por motivos de compatibilidad con ciertos valores morales o éticos, sino, que éstas serán válidas si son creadas por una determinada regla, y solo por ello, formar parte del orden jurídico. Kelsen manifiesta que: *“el derecho positivo, y su positividad consiste en el hecho de que es creado y nulificado por actos de seres humanos, por lo cual es independiente de la moral y de otros sistemas normativos semejantes. Esto constituye la diferencia entre derecho positivo y el natural”*¹¹⁶.

¹¹⁴ ALEXY, R., “Derecho y moral. Reflexiones sobre el punto de partida de la interpretación constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, E., (coord.), *Interpretación Constitucional*, Tomo I, Porrúa, México, 2005, pp. 1-2.

¹¹⁵ Idem., p. 2. *“El positivismo se transforma en no-positivismo sólo cuando se acepta que la inclusión de principios y argumentos en el derecho es necesaria, y no simplemente contingente”*.

¹¹⁶ Es importante mencionar que Kelsen parte de la norma fundamental como una norma hipotética, adquiriendo su validez por ser una primera Constitución, que históricamente fue establecida por un usurpador o por alguna especie de asamblea. *“La validez de esta primera Constitución es el supuesto último, el postulado final de que depende la validez de todas las normas de nuestro sistema jurídico. Se prescribe que debe uno conducirse en la forma en que la ordenaron el individuo o los individuos que establecieron la primera Constitución. Esta es la norma fundamental del orden jurídico en cuestión. El documento que encierra la primera Constitución es una Constitución verdadera, una norma obligatoria, sólo a condición de que la norma básica se suponga válida”*. KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Trad. García Máynez, E., cit., pp. 133-135.

Con lo anterior, es imposible escaparse del viejo debate entre los iusnaturalistas y positivistas jurídicos sobre si existe o no un vínculo conceptual entre derecho y moral, sin embargo en un estudio como el presente, sería imposible abarcar los debates en torno a dicha controversias¹¹⁷. Por lo pronto, nos interesa subrayar la postura que Kelsen tiene frente al contenido del ordenamiento jurídico, recordando que la teoría “pura” constituye una formulación no contaminada por presupuestos de índole morales, políticos o sociológicos, siendo evidente, que en la teoría kelseniana no se contempla la adhesión de la moralidad en el Derecho, no obstante, como hemos visto más arriba, si cualquier contenido puede ser Derecho, podemos dar crédito a que existe la oportunidad que la moral emigre al derecho positivo en la teoría formalista de Kelsen.

A inicios del siglo XX se gestó la obra y figura de Carl Schmitt, autor que es considerado como uno de los juristas y filósofos políticos más importantes durante su tiempo¹¹⁸. El pensamiento de Schmitt¹¹⁹ toca diversos temas del Derecho,

¹¹⁷ Sin ser exhaustivos con la bibliografía, es interesante el trabajo realizado por Robert Alexy donde coloca tres momentos de relación entre Derecho y moral: “En primer lugar, la moral puede ser vinculada con el derecho positivo a través de la incorporación al derecho de principios y argumentos morales; en segundo lugar, por medio de que la moral delimite el contenido posible del derecho, y en tercer lugar, porque la moral justifique un deber de obediencia al derecho”. ALEXY, R., “Derecho y moral”, trad., R. Sodero, Eduardo, en Ferrer Mac-Gregor, E., (coord.), *Interpretación constitucional*, cit., pp. 3-4. Ver también el capítulo II de la obra ROSS, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. R. Carrio, G., cit., pp. 55-99. RAZ, J., “Sobre la moral y la naturaleza del Derecho”, trad., Sánchez Brígido, Rodrigo, ID., Raz, J., *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 177-192. ESCUDERO ALDAY, R., *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, ed. Thomson Civitas, Madrid, 2004. Es interesante al respecto el trabajo elaborado por Peces-Barba, con respecto a exponer las distintas corrientes y pensamientos que han desarrollado esfuerzos, ya sea en favor o en contra de la relación entre moral y derecho, o derecho y moral. PECES-BARBA, G., *Introducción a la filosofía del Derecho*, Ed. Debate, Madrid, 1993, pp. 137-163.

¹¹⁸ ORESTES Aguilar, H., “Carl Schmitt, el teólogo y su sombra”, en Orestes Aguilar, H., *Carl Schmitt, teólogo de la política*, prólogo y selección de textos, Fondo de Cultura Económica de México, México, 2001, p. 17

¹¹⁹ Se pueden considerar tres etapas del pensamiento de Carl Schmitt, mismas que se pueden identificar sucesivamente: a) crítica del Estado demoliberal parlamentario y partidocrático (1920-1932); b) construcción de un modelo político sobre el “principio de liderazgo” (1933-1944); y c) análisis del ordenamiento jurídico internacional (1942- en adelante). FERNANDEZ, DE LA MORA, G., “Schmitt y la democracia”, en Negro Pavón, D., (coord.) *Estudios sobre Carl Schmitt*, ed. Veintiuno, Madrid, 1996, p. 112. “Imbuido de una lógica desenfrenada que llevará a los nazis, apoyados por la mayoría del pueblo alemán, a la identificación, separación, concentración y exterminio de los judíos, Carl Schmitt contribuyó, con algo más que un grano de arena, a la primera etapa correspondiente a la definición o identificación del judío”. SARAVIA, G., *Thomas Hobbes y la filosofía contemporánea: Carl Schmitt, Leo Strauss y Norberto Bobbio*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 53.

filosofía política entre otros. En el presente apartado, nos enfocaremos en la postura que guarda el autor con respecto a los derechos en la Constitución.

Uno de los tantos aportes teóricos al mundo científico del alemán, es la propuesta de análisis de distintos conceptos de Constitución esbozando 4 acepciones que denomina: *absoluto, relativo, positivo y el ideal*.

En primer lugar, el concepto *absoluto* de Constitución puede significar como la *manera de ser* de una unidad política y, por otro lado, se concibe como una *regulación legal fundamental*. Esbochemos brevemente cada uno de ellos.

La Constitución en sentido absoluto de cualquier unidad política, presupone al menos tres significados. El primero de ellos conduce a que la Constitución es el conjunto de la unidad política y ordenación de un determinado Estado. *“El Estado no tiene una Constitución <según la que> se forma y funciona la voluntad estatal, sino que el Estado es Constitución, es decir, una situación presente del ser, un status de unidad y ordenación. El Estado cesaría de existir si cesara esta Constitución, es decir, esta unidad y ordenación. Su Constitución es su alma, su vida concreta y su existencia¹²⁰”*; la segunda significación, la Constitución se concibe como una manera especial de ordenación política y social, significa pues, el modo de especial dominio. Constitución es igual a forma de gobierno; y, la tercera acepción tiene que ver con la continua renovación de la unidad política, entendiéndose el Estado no como algo estático ni en reposo, sino como en constante surgimiento¹²¹.

La segunda concepción de Constitución en sentido absoluto, significa que la Constitución es una regulación legal fundamental, un sistema de normas supremas. A su vez, se puede clasificar en tres distintos significados: el primero concibe que: *“el Estado se convierte en una ordenación jurídica que descansa en la Constitución como norma fundamental; es decir, en una unidad de normas jurídicas. Aquí, la palabra Constitución designa unidad y totalidad”*; el segundo

¹²⁰ SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, cit., p. 36.

¹²¹ Idem., pp. 37-38.

significado refiere a que una Constitución es válida cuando ésta surge o deviene de un poder constituyente y es emanada de su voluntad; y, por último, el contenido constitucional dependerá de las consideraciones y contingencias políticas de las distintas coaliciones de partidos¹²².

El segundo de los conceptos de Constitución que propone Schmitt, es el denominado *relativo*. La acepción consiste en que el concepto unitario de Constitución como un todo, se concretiza al de ley constitucional, pero éste concepto se fija de acuerdo con algunas características externas y otras de índole accesorias las cuales el autor denomina formales. El concepto a su vez, contempla tres características especiales: la primera de ellas es que la Constitución en sentido relativo, es por tanto, *ley constitucional en particular*; la segunda propiedad tiene que ver con lo forma de la Constitución, que ésta sea escrita, sin embargo, el carácter formal solo puede considerar “*cuando ciertas propiedades, sea de la persona u órgano que emite el documento, sea del contenido instrumentado, justifican el hablar de una Constitución en sentido formal*”. La tercera y última característica formal se inclina por la *reforma dificultada*, donde el ordenamiento se encuentre sometido a un procedimiento especial con condiciones más complejas para su modificación¹²³.

La Constitución en sentido *positivo*, el autor la relaciona a aquella que es fruto del acto de un poder constituyente, y está contendrá “*sólo la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decida la unidad política*”. La diferencia que existe entre las leyes constitucionales y la propia Constitución, es que las primeras devienen de la base de la Constitución y presuponen a la misma. En este sentido, la Constitución en sentido positivo, se concibe como decisión política por parte del poder constituyente, es decir, del pueblo reunidos en una democracia o en su caso del monarca en una monarquía auténtica¹²⁴.

¹²² Idem., pp. 40-44.

¹²³ Idem., pp. 45-55.

¹²⁴ Idem., pp. 57-73.

Por último, el concepto de Constitución *ideal* que expone Schmitt contiene tres características. La primera de ellas se admite que una Constitución se designa como verdadera si ésta responde a ciertas voluntades políticas o postulados políticos. “Cuando los contrastes de principios políticos y sociales son muy fuertes, puede llegarse con facilidad a que un partido niegue el nombre de Constitución o toda Constitución que no satisfaga sus aspiraciones”. La Constitución se identifica como un programa político; la segunda propiedad busca un sistema de garantías de libertad burguesa como: el reconocimiento de los derechos fundamentales, división de poderes y, al menos, una participación del pueblo en el poder legislativo mediante la representación popular; la tercera y última característica, y que el autor manifiesta dicho sistema es preponderante es la que se identifica con una organización que haga frente al poder, con pesos y contra pesos que sirvan como medios y métodos de control contra el abuso del poder del Estado. “*Las constituciones de los actuales Estados burgueses están, pues, compuestas de dos elementos: de un lado, los principios del Estado de Derecho para la protección de la libertad burguesa frente al Estado, de otro, el elemento político de la forma de gobierno*”¹²⁵.

Si hacemos un recorrido en las distintas acepciones que expone el autor alemán, se observa que existe énfasis al valor político como fuente primaria para la elaboración del documento constitucional, de manera que podemos ver la fuerte influencia de su pensamiento en torno a la realidad política que Schmitt palpaba en ese entonces. Sin embargo, el concepto *ideal* de Constitución, hace referencia que las constituciones actuales contienen una serie de principios y libertades configurándose como una característica propia de las constituciones actuales. La Constitución del autor, no descansa en criterios morales que en nuestro entender deben estar estipulados en el máximo ordenamiento; para Schmitt, la Constitución no es más que un programa político; el contenido moral no es relevante para el autor, por lo tanto, no se considera necesario. En palabras del propio alemán

¹²⁵ Idem., pp. 75-91.

señala que: *“la Constitución no necesita justificarse en una norma ética o jurídica; tiene su sentido en la existencia política”*¹²⁶.

Ante el formalismo jurídico de Kelsen y el decisionismo de Schmitt, surge la teoría de la integración postulada por el alemán Rudolf Smend que contempla tres modos de integración: personal, material y funcional. El autor parte que el Estado surge de la realidad espiritual, de un conjunto de actos espirituales. *“Si el Estado existe, es únicamente gracias a estas diversas manifestaciones, expresiones de un entramado espiritual, y, de un modo más decisivo, a través de la transformaciones y renovaciones como objeto inmediato dicho entramado inteligible”*¹²⁷.

La eficacia integradora de los tres modelos que propone Smend, se encuentra condicionada por una serie de valores que el poder se valdría de ellos, ya que éstos, dotarían de pautas normativas y da su sentido en su función integradora.

En relación con el modelo de integración personal, el autor alude a los fenómenos políticos del caudillaje o liderazgo, representación y formación de la voluntad. Éste modelo corresponde a la teoría jurídica del Estado tradicional, con la teoría de los órganos y de la jefatura del Estado. La figura personal que desencadena una serie de contenidos emocionales, tienden a crear un sentido colectivo; con respecto al modelo de integración funcional, se refiere a las elecciones y votaciones, *“la característica de los procesos integradores de una comunidad determinada reside en que dichos procesos son generalmente procesos que producen, actualizan, renuevan o desarrolla la sustancia espiritual de la comunidad, que es precisamente lo que constituye su contenido objetivo”*¹²⁸. Son precisamente estos factores integradores por los que el poder, se sigue fundamentando el poder.

El modelo de integración *material*, representa la antítesis ante el formalismo kelseniano y al pensamiento schmittiano, puesto que el valor integrador que otorga

¹²⁶ Idem., p.137.

¹²⁷ SMEND, R., *Constitución y derecho constitucional*, trad. Beneyto Pérez, J., ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1968, pp. 62-63.

¹²⁸ Ibidem., p. 80.

a los derechos humanos en el ordenamiento jurídico que en palabras del autor señala “no es mera coincidencia el hecho de que en todas las Constituciones se recojan los siguientes momentos: Derechos humanos, preámbulo, territorio del Estado, forma política, pabellón nacional. Estos son los elementos que, en lo fundamental, configuran la esencia y a realidad del Estado, de tal manera que todo aquello que se añade a ellos en las Constituciones, aparece como una serie de normas para su realización y siempre en un orden secundario con respecto a aquellos valores primarios y más elevados dentro del orden estatal”¹²⁹.

Con respecto al modelo material de integración, una de las vertientes del modelo se refiere que, a través de los símbolos políticos, los valores y derechos fundamentales poseen una enorme fuerza integradora que son vividos por la comunidad con plena intensidad. Esta exposición de la eficacia política de los símbolos y de los derechos fundamentales, como esencia de la comunidad y factor cultural de integración, conserva sin duda toda su viveza e innegable actualidad.

Es incuestionable que el autor alemán intenta conectar al Estado con una serie de valores o exigencias éticas que lo vinculan con el Derecho natural¹³⁰. El Prof. Lucas Verdú posiciona a Smend entre la trivialización de la norma constitucional de Lasalle y el positivismo de Kelsen, quien Smend tachara de formalista¹³¹.

¹²⁹ Idem., p. 168.

¹³⁰ GARCÍA ROCA, F., *Sobre la teoría constitucional de Smend (a propósito del libro de Pablo Lucas Verdú. La lucha contra el positivismo jurídico en la república de Weimar)*, Revista de Estudios Políticos (nueva época), Madrid, número 59, 1988, enero-marzo, 269-276.

¹³¹ LUCAS VERDÚ, P., *La lucha contra el positivismo jurídico en la república de Weimar. La Teoría constitucional de Rudolf Smend*, ed. Tecnos, Madrid, 1987, p. 101. Vid., LUCAS VERDÚ, P., *El sentimiento constitucional (aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*, ed. Reus S.A., Madrid, 1985. En este trabajo se hace evidente la gran influencia que Smend tiene en la obra del autor por la teoría de la integración. Como aporte bibliográfico en referencia al sentimiento constitucional, que tiene que ver con el espíritu integrador de Smend, es interesante el aporte de Lowenstein al respecto, al referirse como “aquella conciencia de la comunidad que trascendiendo a todos los antagonismos y tensiones existentes político-partidistas, económico-sociales, religiosos o de otro tipo, integra a detentadores y destinatarios del poder en el marco de un orden comunitario obligatorio, justamente la Constitución, sometiendo el proceso político a los intereses de la comunidad. La formación del sentimiento depende ampliamente de los factores irracionales, de la mentalidad y la vivencia histórica de un pueblo, especialmente de si la Constitución ha sido airosa también en épocas de necesidad nacional”. LOWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, cit., p. 200.

El concepto de Constitución que Smend propone es una postura dinámica del Estado, que bajo ese dinamismo se confluyen los procesos de integración anteriormente expuestos, así que, la interacción de los mismos darán como resultado, un formato jurídico de acuerdo con la realidad social que se vive en un determinado contexto, tal como lo afirma el autor: *“la Constitución es la ordenación jurídica del Estado, mejor dicho, de la dinámica vital en la que se desarrolla la vida del Estado, es decir, de su proceso de integración. La finalidad de este proceso es la perpetua reimplantación de la realidad total del Estado y la Constitución es la plasmación legal o normativa de aspectos determinados de este proceso”*¹³².

La interpretación que Smend realiza con respecto a los derechos y la Constitución, proporciona elementos para enlazarlo como un principio básico incuestionable del constitucionalismo moderno. Donde los derechos fundamentales son un sesgo distintivo e inapelable a considerar en las constituciones modernas. Si bien es cierto, que el modelo Kelseniano¹³³ nos coloca las bases teóricas indispensables para la comprensión de una Teoría Pura del Derecho, Smend pone de relieve la importancia de los derechos como presupuesto integrador de un Estado, propiciando con ello un elemento relevante que aquí consideramos esencial para la formación o instauración de una Constitución. De ahí la trascendencia y relevancia del estudio de la teoría de Rudolf Smend.

2.3 La Constitución y el poder

Para iniciar el presente apartado, es necesario contextualizar el sentido que pretendemos. En primer lugar, cuando nos referimos a Constitución siempre lo vinculamos necesariamente con el Derecho, por tanto, cuando nos refiramos a su vez a Derecho lo hacemos por consiguiente a la Constitución.

En el capítulo primero abordamos de manera muy breve, el cómo la Constitución se presenta como un límite al poder. En esta ocasión, profundizaremos los

¹³² Ibidem., p. 132.

¹³³ Hans Kelsen dedico un espléndido estudio referente a la crítica que Smend realiza sobre la Escuela de Viena ver: KELSEN, H., *El estado como integración. Una controversia de principio*, 2ª edición, trad. y estudio, García Amado, J., ed. Tecnos, Madrid, 2009.

modelos por el cual la Constitución racionaliza el acaecer del poder, así como algunos modelos de relación con éste. La propuesta de estudio que optamos, no será para nada novedosa, pero estamos seguros que será interesante puntualizar algunas referencias que nos darán luz para abordar posteriormente el concepto de Constitución Material, mismo que concebimos como una herramienta que limita al poder.

La relación que existe entre Constitución y poder la concebimos de manera coordinada, considerando que la primera surge como necesidad de hacer frente al poder. Lo interesante aquí, es estudiar el cómo se lleva a cabo la relación y por añadidura el límite. Por lo anterior, consideramos que los medios de los que se hace la Constitución para lograr el fin, (que es limitar a la poder) son aquellos que hicimos alusión el capítulo primero como características del constitucionalismo moderno.

Por último, reflexionaremos en torno a la Constitución como producto de legitimación del poder, siendo ésta una herramienta no sólo que limita al mismo poder, sino que también le proporciona legitimidad en su actuación.

2.3.1 La Constitución en el marco de la relación entre el Derecho y el Poder

Cuando hablamos de Constitución como límite al poder, derechos como límites al poder e inclusive mencionar el principio de la división de poderes, se concibe el poder como algo abstracto y hasta en cierta medida ficticio, algo que ni siquiera podemos observar y mucho menos tocar.

El poder que nos interesa en este caso, no tiene que ver con aquel que se presenta de manera genérica tal como lo expone Max Weber: *“el poder es la probabilidad de imponer la propia voluntad dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad”*¹³⁴.

¹³⁴ WEBER, M., *Economía y sociedad*, 2º edición, trad., Medina Echavarría, J., Roura Farella, J., y otros, ed. Fondo de Cultura Económica, España, 2002. La complejidad que conlleva conceptualizar el término de poder, se traslada así mismo a los tipos de poder que se pueden estudiar o derivar. Por lo anterior, creemos

El tipo de poder que aquí subrayamos, es aquel que se le denomina *político* el cual es detentado por el Estado moderno. El Prof. Peces-Barba define al poder político como: “*esa posibilidad de imponer la propia voluntad reúne una serie de rasgos que lo concretan a la vida del hombre en sociedad, en relación con los temas que afectan directamente al interés individual, con una pretensión de estabilidad y permanencia y sin que exista competencia de ningún otro poder*”¹³⁵.

Ahora bien, existen posturas que niegan y otras que identifican la relación del poder con el Derecho. Una posible comunicación entre ambos para lograr diversos objetivos o pretensiones por parte de uno o de otro. El Prof. Peces-Barba expone cinco modelos de relación entre el Derecho y el poder: Supremacía del poder sobre el Derecho; supremacía del Derecho sobre el poder; identificación entre poder y Derecho con negación, a veces, de uno de los dos; separación entre Derecho y poder; y relación de coordinación o integración entre Derecho y poder.

La supremacía del poder sobre el Derecho. En este modelo de relación es claro que el poder tiene siempre la primera como la última palabra. La posición de supremacía o superioridad del poder con respecto al Derecho, nos acerca a la teoría expuesta por el decisionismo de Schmittiano, donde no existe una posición intermedia que ayude al poder a fungir como mediador entre la ética y el Derecho.

de utilidad colocar la clasificación de Manuel Atienza: poder económico, político e ideológico. En este caso, el autor señala que el poder político es aquel donde se encuentra el monopolio de la fuerza, proyectándose como el jerarca con respecto al poder económico e ideológico. “*El poder impregna todo el tejido social y se concentra en nudos en los que se cruzan los hilos de texturas muy diversas*”. ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, ed. Ariel, Barcelona, 2012, p. 133 y ss. Así mismo, otra clasificación en referencia a la relación entre Derecho y poder es la expuesta por Kaarlo Tuori, quien manifiesta que existen tres posibles relaciones: poder sobre el Derecho, poder en el Derecho y poder por medio del Derecho. KAARLO, T., *Positivismo crítico y derecho moderno*, ed. Lujambio, J. Ma., Ed. Fontamara, México, 1999, p. 36 y ss.

¹³⁵ El autor hace referencia que si estuviéramos hablando de otro tipo de poder superior no estaríamos refiriéndonos de algún presupuesto del mundo moderno ya que en la actualidad, la forma más completa del poder político es el Estado. PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ, E., DE ASÍS, R., (eds.), *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, cit., p. 334. Vid., ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, cit., pp. 44-45. Vid., PECES-BARBA, G., *Transito a la modernidad y derechos fundamentales*, Ed. Mezquita, Madrid, 1982, pp., 42-43.

Por lo anterior, *el poder es autor de todo el Derecho positivo, por su decisión voluntaria y también de lo que quiere denominar derechos fundamentales*¹³⁶.

La antítesis del modelo de relación entre poder y Derecho es aquella donde el Derecho se impone al poder. La esencia del presente modelo lleva consigo concepciones y postulados de tintes iunaturalistas, ya que el poder, se encuentra condicionado por la existencia de un Derecho natural que es previo al poder. *“Los derechos naturales, sin necesidad de la intervención del poder para su incorporación al sistema jurídica eficaz que es el positivo”*¹³⁷.

El tercer modelo que el profesor Peces-Barba propone, es aquel que denomina *identificación entre poder y Derecho*. En palabras del autor, nos encontramos ante *una forma extrema* de los dos modelos anteriores. La supremacía del poder sobre el Derecho, lleva a éste último a ser solo un simple instrumento del poder. Por otra parte, la supremacía del Derecho sobre el poder nos coloca a la teoría pura kelseniana donde el Estado se identifica con el Derecho positivo, no existiendo la posibilidad de identificarse con algún tipo de poder, más allá de la propia juridificación de las normas mediante un poder creado por el propio Derecho.

El cuarto modelo de la relación que existe entre Derecho y poder, es la separación de ambos elementos. Se parte de la hipótesis en la que ambos conceptos se desarrollan de manera individual y por separado, sin que el desenvolvimiento de algunos de ellos, se haga necesaria la desaparición del otro. El Derecho se propicia en el ámbito de la vida social y no de la promoción del poder. *“El poder es un poder desjuridificado, y el Derecho surge a través de mecanismos ajenos por completo a la intervención del Poder”*¹³⁸.

Finalmente el modelo de relación denominado de *coordinación o de integración entre Derecho y poder*, ambos elementos se relacionan e incluso se considera

¹³⁶ Idem., 323-325. Vid., ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco, *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, cit., p. 45. Sobre el modelo de la supremacía del poder sobre el Derecho, puede representarse también como *“El gobierno de los hombres sobre el gobierno de las leyes”*. PASSERIN D’ENTRÉVES, A., *La noción de Estado. Una introducción a la teoría política*, trad. y prólogo, Punset, R., ed. Ariel, Barcelona, 2001, p., 95-99.

¹³⁷ Idem., p. 325.

¹³⁸ ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, cit., p. 46

imprescindible su comunicación: *“se puede decir que el Derecho no se puede entender sin el poder, y que el poder se configura, cristaliza y se racionaliza o se frente y se limita por medio del Derecho. Esta idea de la relación supone un poder institucionalizado, es decir abierto a valores, que pretende su eficacia a través del Derecho, y que en ese sentido es “hecho fundante básico” del sistema jurídico, y causa última de su validez y de su eficacia”*¹³⁹.

Peces-Barba señala que el modelo de coordinación o de integración entre Derecho y poder, es el idóneo para construir una teoría de los derechos fundamentales, sin embargo tenemos que distinguir dos tipos de aproximación del modelo: desde la perspectiva de un punto de vista interno y del punto de vista externo.

En primer lugar, desde el punto de vista externo, se propicia una aproximación de forma descriptiva la cual es válida para cualquier poder y cualquier Derecho que resulte de su relación. Toda relación entre poder institucionalizado y Derecho lleva aparejado una serie de pretensiones que deberán ser analizados desde la óptica de la moral pública. En segundo lugar, la aproximación se puede suscitar de una manera prescriptiva, apelando a la figura del poder democrático, siendo éste la raíz imprescindible del derecho válido de los derechos fundamentales¹⁴⁰.

Por otro lado, desde el punto de vista interno, las normas producidas por el poder cumplen con dos objetivos: tienen como contenido el uso de la fuerza y a su vez se encuentra racionalizado dicho ejercicio¹⁴¹. La racionalización de la fuerza del poder se lleva a cabo mediante pautas normativas formales y procedimentales por las cuales, el poder desarrolla su actividad con apego al cauce normativo. Así también, el poder se encuentra vinculado por determinados criterios materiales o sustantivos que son los derechos fundamentales quienes desarrollan una labor fundamental dentro del ordenamiento jurídico. Sobre este punto, en cuanto a las

¹³⁹ PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ, E., DE ASÍS, R., (eds.), *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, cit., p. 327.

¹⁴⁰ PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ, E., DE ASÍS, R., (eds.), *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, cit., pp. 327-328.

¹⁴¹ BOBBIO, N., “Derecho y fuerza”, ID., Bobbio, N., *Contribución a la teoría del Derecho*, trad. y estudio preliminar, Ruiz Miguel, A., ed Debate, Madrid, 1990, p. 325-338.

implicaciones que genera el positivar determinados criterios materiales, es importante señalar que no cualquier poder se atreverá a auto limitarse ante tales o cuales criterios morales, por tanto, el poder democrático, que antes aludimos, encontramos un engarce entre derechos fundamentales y democracia¹⁴².

Es evidente lo complejo de definir qué es el poder¹⁴³, así como exponer los tipos de relaciones que existen entre el Derecho y el poder; sin embargo, creemos oportuno mencionar que la Constitución que buscamos exponer, es aquella que se identifica con un mínimo de moral en su contenido, contemplando que el modelo de *coordinación o de integración* es el más apto para lograr un ordenamiento con cláusulas de contenido axiológico. No olvidando considerar, un poder político democrático comprometido con unos determinados valores que a su vez, sirvan para legitimar su posición dentro del Estado.

El poder político democrático como mediador que facilita el tránsito de aquella moral crítica a moral legalizada, se identifica como medio idóneo para dar contenido a la Constitución y, a su vez, hacer efectivos los derechos, siempre y cuando, éstos sean respaldados con mecanismos reforzados de protección, ya sea, por vía jurisdiccional o por respaldo positivo del poder político representado por el Estado.

Pues bien, es momento de abordar el tema del cómo la Constitución con un determinado contenido, no solamente limita (como veremos más adelante) sino también legitima al propio poder político en su acaecer jurídico.

¹⁴² El compromiso que efectúa el poder con los derechos, se está pensando en aquel donde *“implique una existencia de mecanismos de protección y garantías: estos son los elementos que imponen verdaderas limitaciones al Poder y los que contribuyen de manera importante a caracterizar a los derechos fundamentales respecto a otros derechos, dotando a su status normativo de una mayor resistencia”* ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, cit., p. 46. Así mismo, el profesor Peces-Barba señala que: *“No puede haber un Derecho justo sin un poder democrático”*. Vid., PECES-BARBA, G., *Libertad, poder y socialismo*, ed. Civitas, Madrid, 1978, p. 236.

2.3.2 La Constitución como límite al poder a través de los derechos

La relación entre derecho y poder o viceversa, dependerá del contenido de la Constitución que condicione al poder. Es entonces que nos encontramos en el modelo de relación de *coordinación e integración* que aludimos arriba, donde el poder lleva consigo una suerte de legitimidad y un rasgo de justicia con referencia al Derecho derivada de ésta relación.

Aunque se suelen utilizar indistintamente los términos de justicia y legitimidad, en el modelo de relación que nos ubicamos, la moralidad pública es asumida por el poder político, definiéndose éste como un hecho institucionalizado conformado por un grupo de hombres que tienen el monopolio de la fuerza para hacer valer un determinado Derecho. Gracias al poder, la moralidad pública se lleva a cabo eficazmente a través del Derecho que el poder impulsa y, a través del Derecho, limita y organiza al poder en *Estado Social y Democrático*, originando una determinada justicia del Derecho¹⁴⁴.

Al respecto Bobbio, mantiene que el: “*poder sin Derecho es ciego, pero el Derecho sin poder es vacuo*”, asimismo, el autor italiano señala que tanto el poder y el Derecho, “*son cara y cruz de la misma moneda*” engrandeciendo la interdependencia que existen entre ambos elementos. Sin embargo, se puede dar la posibilidad de que la relación se encuentre condicionada desde la óptica del poder como del Derecho. Por ejemplo, desde una visión Kelseniana, el Derecho será siempre primero que el poder, constituyendo así, un planteamiento reduccionista del Estado al ordenamiento jurídico. Por otra parte, existe la posibilidad de posicionar primero el poder y después el Derecho, aquí puede situarse el pensamiento Schmittiano, que como observamos más arriba, el Derecho es fruto del decisionismo del poder.¹⁴⁵

¹⁴⁴ PECES-BARBA, G., *Ética, poder y Derecho*, ed. Fontamara, México, 2000, p. 77.

¹⁴⁵ El autor señala que, en el ámbito de la Teoría General del Derecho donde se desenvuelve el poder es en la producción y aplicación de normas, de ahí la afirmación de que el Derecho y el poder son cara y cruz de la misma moneda. BOBBIO, N., “Del poder al derecho y viceversa”, ID., Bobbio, N., *Contribución a la teoría del Derecho*, trad. y estudio preliminar, Ruiz Miguel, A., ed. Debate, Madrid, 1990, pp. 356-357.

Ahora bien, antes mencionamos los tipos de relación que se pueden suscitar entre Derecho y poder, apoyándonos en la tipología propuesta por Peces-Barba, cabe entonces revisar, el cómo surge la relación entre ambos elementos.

La idea de Constitución y de los derechos fundamentales, surgen a la par con el propósito de limitar la actuación del poder, con una serie de pretensiones y libertades con el fin de organizar su ejercicio. *“El mantenimiento de una Constitución depende del equilibrio entre el poder y el Derecho¹⁴⁶”*. Al respecto Peces-Barba señala que tanto el Poder, o el Estado, como los derechos fundamentales o más concretamente el Derecho, aparecen durante el denominado tránsito a la modernidad¹⁴⁷.

Las teorías contractualistas surgen como un triunfo concerniente a la filosofía del individualismo, vinculadas estrechamente con los postulados del derecho natural. Las teorías del contrato social se configuran como: *“el único camino posible que quedaba para deducir la existencia de las instituciones sociales y políticas una vez que la razón humana se había erigido en criterio último de los valores. Es la característica distintiva de la teoría política del individualismo¹⁴⁸”*

Las instituciones políticas y sociales, que manan a través de los pactos sociales de hombres libres que abandonan el estado de naturaleza para conformar un gobierno civil, parten del individualismo; sin embargo, éste no desaparece ante el poder de la sociedad, mismo que estará en manos el Estado, siendo el

¹⁴⁶ McILWAIN, Ch., *Constitucionalismo antiguo y moderno* cit., p. 170 y ss.

¹⁴⁷ En palabras de Peces-Barba: *“El tránsito a la modernidad es un momento revolucionario, de profunda ruptura, pero al mismo tiempo de importantes elementos de su realidad ya se anuncian en la Edad Media, y otros elementos típicamente medievales sobrevivirán al fin de la Edad Media, en este tránsito a la modernidad y hasta el siglo XVIII. En este contexto, y participando de estos teres elementos: ruptura, precedente medievales y continuidad de elementos medievales hasta el siglo XVIII, aparecerá la filosofía de los derechos fundamentales, que, como tal , es una novedad histórica del mundo moderno, que tiene su génesis en ese tránsito a la modernidad, y que, por consiguiente, participa de todos los componentes de ese tránsito ya señalados, aunque sean los nuevos, los específicamente modernos, lo que le dan su pleno sentido”* PECES-BARBA, G., *Transito a la modernidad y derechos fundamentales*, cit., p. 3 y ss.

¹⁴⁸ D'ENTRÉVES, A., *Derecho natural*, trad. Hurtado Bautista, M., Ed. Aguilar, Madrid, 1972, pp. 69-72.

pensamiento individualista el medio para garantizar las libertades personales como límite de actuación del poder¹⁴⁹.

Es pertinente considerar que, existen distintos niveles de análisis del significado político derivado del contrato social entre la sociedad civil y el poder. Estos pueden variar si partimos desde el contrato absolutista (Hobbes), al democrático de Rousseau, pasando por el semiliberal de B. Spinoza, hasta el liberal de J. Locke y Kant¹⁵⁰.

Tanto en el esquema liberal y democrático, el Estado de Derecho emerge como la salvaguarda de las libertades frente a la existencia misma del Estado. *“El contractualismo liberal sirvió, pues, de fundamento para la construcción del Estado de Derecho en su forma originaria, que es la del Estado liberal de Derecho. A partir del Estado liberal de Derecho, la condición es que el poder político proteja los derechos que el hombre ya tiene en el estado de naturaleza, eso sí, sin vulnerarlos”*¹⁵¹.

De la misma forma, con respecto a las diversas variaciones en torno a las teorías contractualistas, Nicola Matteucci señala: *“es necesario hacer una distinción analítica entre tres tipos distintos de posibles niveles de discurso: están aquellos que opinan que el pasaje del estado de naturaleza al estado de sociedad es un hecho histórico realmente acontecido, es decir, que están dominados por el problema antropológico del origen del hombre civil; otros, en cambio, hacen del estado de naturaleza una mera hipótesis lógica, con el fin de crear la idea racional o jurídica del estado, del estado como debe ser, y de dar así un fundamento a la obligación política en el consenso expreso o tácito de los individuos a una*

¹⁴⁹ FERNÁNDEZ, E., “El contractualismo clásico (siglos XVII y XVIII) y los derechos naturales”, ID., Fernández E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, ed. Debate, Madrid, 1984, p. 131. Así mismo, es de mencionar que el paso del estado de naturaleza para conformar una sociedad por medio del pacto se utiliza como una hipótesis no como un hecho histórico, tal como lo señala Rawls: *“En la justicia como imparcialidad, la posición original de igualdad corresponde al estado de naturaleza en la teoría tradicional del contrato social. Por supuesto que la posición original no está pensada como un estado de cosas históricamente real, y mucho menos como una situación primitiva de la cultura”*. RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, 2ª edición, trad. Dolores González, M., Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2010, p. 25.

¹⁵⁰ FERNÁNDEZ, E., “El contractualismo clásico (siglos XVII y XVIII) y los derechos naturales”, cit., p. 137 y ss.

¹⁵¹ BARRANCO, M., *Teoría del derecho y derechos fundamentales*, ed. Palestra, Lima, 2009, p.13.

autoridad que los representa y los encarna; otros, finalmente, prescindiendo por completo del problema antropológico del origen del hombre civil y del problema filosófico y jurídico del estado racional, ven en el contrato un instrumento de acción política para imponer límites a quien detenta el poder”¹⁵².

Es interesante, exponer las posturas tanto del contrato social de ideología absolutista representado por Hobbes y, por otro lado, del pensamiento liberal de John Locke con respecto al pacto social.

Thomas Hobbes, en su obra *“Leviatán”*, lleva a justificar un poder absoluto en la necesidad imperiosa por: *“el deseo de abandonar esa miserable condición de guerra que, tal como hemos manifestado, es consecuencia necesaria de las pasiones naturales de los hombres, cuando no existe un poder visible que los tenga a raya y los sujete, por temor al castigo, a la realización de sus pactos y observancia de las leyes de naturaleza”¹⁵³*. En la generación del Estado, en ese consentimiento o concordia, donde todas las personas se congregan en una unidad real, como si cada uno dijera a todos: *“autorizo y transfiero a este hombre o asamblea de hombres mi derecho de gobernarme a sí mismo, con la condición de que vosotros transferiréis a él vuestro derecho, y autorizareis todos sus actos de la misma manera”¹⁵⁴*.

La multitud así compactada en una misma persona denominada Estado, en latín *Civitas*, es donde se sitúa esta generación del gran *Leviatán*, en palabras del autor, hablando con más reverencia, de aquel *dios mortal*, que con deuda bajo el dios inmortal, se encuentra *nuestra paz y nuestra defensa*.

Para Hobbes, en todos los Estados el poder soberano debe ser absoluto donde: *“el soberano de un Estado, ya sea una asamblea o un hombre, no está sujeto a las leyes civiles, ya que teniendo poder para hacer y revocar las leyes, puede cuando guste, liberarse de esa ejecución, abrogando las leyes que le estorban y*

¹⁵² MATTEUCCI, N., *“Contractualismo”*, ID., Matteucci, N., *El estado moderno. Léxico y exploraciones*, trad., Marcos de la Fuente, J., ed. Unión, Madrid, 2010, p. 108.

¹⁵³ HOBBS, T., *Leviatán*, trad. y prefacio, Sánchez Sarto, Manuel, Ed., Fondo de Cultura Económica de México, México, 2001, p. 137.

¹⁵⁴ Idem., 141.

*haciendo otras nuevas; por consiguiente, era libre desde antes. En efecto, es libre aquel que puede ser libre cuando quiera. Por otro lado, tampoco es posible para nadie estar obligado a sí mismo; porque quien puede ligar, puede liberar, y por tanto, quien está ligado a sí mismo solamente, no está ligado*¹⁵⁵.

Por su parte Locke, se manifiesta en contra de lo estipulado por Hobbes justificando el surgimiento del poder, ya que éste es un medio para reforzar el disfrute de la propiedad de las personas, considerando indispensable que los individuos renuncien a una parte de sus derechos naturales, consintiendo así, limitaciones por medio de un contrato; en tanto, la función del poder, será el proteger los derechos de propiedad como límites a su actuación, ya que no se podrá por ningún motivo transgredir la esfera de las libertades. Así, lo que origina la creación de un Estado, y lo que constituye una sociedad política cualquiera, es: *“el consentimiento de hombres libres que aceptan la regla de la mayoría y que acuerdan unirse e incorporarse a dicha sociedad. Eso es, y solamente eso, lo que pudo dar origen a los gobiernos legales del mundo*¹⁵⁶.

Recordar que por propiedad Locke hace alusión a la vida, libertades y posesiones de los individuos¹⁵⁷. Por otra parte, vale la pena transcribir un párrafo de la obra de Locke, para comprender mejor la posición del autor con respecto al contractualismo de tinte liberal que defiende: *“pero aunque los hombres, al entrar en sociedad,, renuncian a la igualdad, a la libertad y al poder ejecutivo que tenían en el estado de naturaleza, poniendo todo esto en manos de la sociedad misma para que el poder legislativo disponga de ello según lo requiera el bien de la sociedad, esa renuncia es hecha por cada uno con la exclusiva intención de*

¹⁵⁵ Idem., 218. Al respecto Hobbes defiende la postura respecto al poder absoluto del soberano, manifestando que: *“con respecto a tan ilimitado poder, los hombres puede imaginar muchas desfavorables consecuencias, las consecuencias de la falta de él, que es la guerra perpetua de cada hombre contra su vecino, son mucho peores. La condición del hombre en esta vida nunca estará desprovista de inconvenientes; ahora bien, en ningún gobierno existe ningún otro inconveniente de monta sino el que procede de la desobediencia de los súbditos, y del quebrantamiento de aquellos pactos sobre los cuales descansa la esencia del Estado. Y cuando alguien, pensando que el poder soberano es demasiado grande, trate de hacerlo menor, debe sujetarse él mismo al poder que pueda limitarlo, es decir, a un poder mayor”*. Idem., 169.

¹⁵⁶ LOCKE, J., *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, trad., introducción, Mellizo C., ed. Tecnos, Madrid, 2006, p. 100. Vid., DEL VECCHIO, G., *Filosofía del derecho*, trad., Legaz y Lacambra, L., Novena edición, ed. Bosch, Barcelona, 1980, p. 67 y ss.

¹⁵⁷ LOCKE, J., *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, cit., p.124.

preservarse a sí mismo y de preservar su libertad y su propiedad de una manera mejor, ya que no puede suponerse que criatura racional alguna cambie su situación con el deseo de ir a peor. Y por eso, el poder de la sociedad o legislatura constituida por ellos no puede suponerse que vaya más allá de lo que pide el bien común, sino que ha de obligarse a asegurar la propiedad de cada uno, protegiéndolos a todos contra aquellas tres deficiencias que mencionábamos más arriba y que hacían del estado de naturaleza una situación insegura y difícil. Y así, quienquiera que ostente el supremo poder legislativo en un Estado está obligado a gobernar según lo que dicten las leyes establecidas, promulgadas y conocidas del pueblo, y a resolver los pleitos de acuerdo con dichas leyes, y a emplear la fuerza de la comunidad, exclusivamente, para que esas leyes se ejecuten dentro del país; y si se trata de relaciones con el extranjero, debe impedir o castigar las injurias que vengan de afuera, y proteger a la comunidad contra incursiones e invasiones. Y todo esto no debe estar dirigido a otro fin que no sea el orden de lograr la paz, la seguridad y el bien del pueblo”¹⁵⁸.

A partir de las teorías expuestas, desde el contrato social absolutista (Hobbes) hasta el contrato social liberal (Locke)¹⁵⁹ cuya ideología individualista se ve impregnada en sus postulados, son características que se desarrollan en el tránsito a la modernidad, que además, se nos presentan como teorías que legitiman al poder pero a su vez lo limitan con la presencia de los derechos que el Estado no puede vulnerar.

En definitiva, el contractualismo no sólo es una teoría global, el contrato se considera como un hecho histórico, es decir: *“parte integrante de un proceso político que lleva al constitucionalismo y en particular a la exigencia de limitar el poder del gobierno por medio de un documento escrito que establezca los respectivos y recíprocos derechos y deberes”¹⁶⁰.*

¹⁵⁸ LOCKE, J., *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, cit., pp. 127-128.

¹⁵⁹ Un estudio sobre la transición del contrato social absolutista al contrato social liberal Vid., FERNÁNDEZ, Eusebio, “El contractualismo clásico (siglos XVII y XVIII) y los derechos naturales”, cit., p. 148 y ss.

¹⁶⁰ MATTEUCCI, N., “Contractualismo”, cit., p. 130.

Por último podemos hablar del neocontractualismo, que es una teoría que se plantea los problemas sustantivos referentes a los contenidos materiales de la justicia, así como a los fundamentos del Estado democrático y de una sociedad más justa¹⁶¹. Eusebio Fernández señala al respecto que, mediante el neocontractualismo, el poder político encuentra su legitimidad en el reconocimiento, defensa y protección de los derechos humanos fundamentales, afirmando que el contrato es la mejor forma de articular el respeto por los derechos¹⁶².

Ahora bien, mediante la doctrina del contrato social, se propicia un cambio en la toma de conciencia del pensamiento moderno de la importancia del poder y su relación con el mundo del Derecho. La relevancia del poder se incrementará cuando en el siglo XIX se supere el idealismo iusnaturalista, y en materia de derechos fundamentales se prime la necesidad de incorporarlos al mundo del derecho positivo. Es entonces donde se realza esta relación de coordinación e integración entre el Derecho y el poder a favor de la positivación de los derechos¹⁶³.

¹⁶¹ FERNÁNDEZ, E., "Neocontractualismo, Estado y derechos humanos", ID., Fernández E., Teoría de la justicia y derechos humanos, ed. Debate, Madrid, 1984, p. 178. Uno de los principales exponentes del neocontractualismo, RAWLS, J., *Teoría de la justicia* cit., Sobre la idea de que la más libre y justa organización estatal es el Estado de Derecho Democrático Vid., DÍAZ, E., *Estado de derecho y sociedad democrática*, ed. Taurus, Madrid, 2010, p. 144.

¹⁶² FERNÁNDEZ, E., "Neocontractualismo, Estado y derechos humanos", cit., p. 220.

¹⁶³ Más adelante el autor hará referencia de la necesidad de un poder democrático sea el responsable de la positivación de los derechos y llevar así una real positivación de los derechos: "*Así desde otra perspectiva, al ver la necesidad de un poder democrático para una real positivación de los derechos fundamentales, renacerá, cuando parece periclitada la idea del contrato social, como legitimación del poder. Frente a las fundamentaciones idealistas del Derecho, la doctrina del contrato social, al comprender el valor del poder en la fundamentación de la validez del Derecho, permitirá más tarde, con la fundamentación democrática del poder, una legitimación del Derecho. En éste complejo proceso, la positivación de los derechos fundamentales desempeñará un importante papel*". PECES-BARBA, G., *Transito a la modernidad y derechos fundamentales*, cit., p. 173. Así mismo en otro estudio del Prof. Peces-Barba hace alusión que: "*Tanto el poder como el Derecho, guardan una estrecha relación ya que el segundo, funda su validez en el poder efectivo que tiene a su mando un determinado territorio y normalmente ese poder efectivo será el Estado, que es, la forma moderna del poder político*". PECES-BARBA, G., *Libertad, poder y socialismo*, cit., p. 232. En el mismo sentido, Del Vecchio señala: "*El nexo entre la teoría del contrato social y el reconocimiento jurídico de la personalidad de los individuos en el Estado, es verdaderamente estrecho, que este reconocimiento constituye, como hemos visto, el apoyo sobre el cual descansa todo el sistema y la de su propia estructura*". DEL VECCHIO, J., *Persona, Estado y Derecho*, trad. y prólogo, Fraga Iribarne, M., ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pp. 293-294.

Pues bien, sí *el poder es autor de todo el Derecho positivo*¹⁶⁴, “*el poder se detiene ante el mismo Derecho que ha contribuido a crear, es el Estado de Derecho, precioso equilibrio fruto de un paradigma muy sensible*”¹⁶⁵.

En la teoría de Peces-Barba, el *hecho fundante básico del Derecho* es la cara del poder y la *norma fundante básica* de identificación de normas es la cara del Derecho o lo que es igual el rostro de la propia Constitución, cuya relación, es indispensable para entender el fenómeno jurídico en el mundo moderno¹⁶⁶. De la misma forma, propone, que mediante el modelo de relación entre Derecho y poder de coordinación e integración, es posible la vinculación entre el hecho fundante básico y la norma fundante básica que considere la triple relación entre ética, poder y Derecho. Los valores superiores, es decir la moralidad, derechos fundamentales, principios de organización y otros principios, constituyente lo que el autor denomina como la *norma material básica de identificación de normas*. Lo anterior represente a la pregunta ¿qué se manda? “*Es la positivación de la ética pública de la modernidad, a través del hecho fundante básico, que se convierte en criterio de validez de las restantes normas del Ordenamiento. A mi juicio –señala Peces-Barba- este planteamiento expresa mejor que cualquier otro lo que sucede en la realidad del funcionamiento del Derecho y se sitúa en una dinámica viva y abierta*”¹⁶⁷.

La legitimidad del ejercicio del poder del hecho fundamenta básico en la teoría de Peces-Barba, será el resultado de la respuesta a tres preguntas ¿quién manda? ¿cómo se manda? ¿qué se manda? arrojando con ello la pregunta y respuesta de ¿Por qué se manda?. “*Finalmente esa legitimidad del poder y esa justicia del Derecho, llevaría a los ciudadanos a la convicción de que es más razonable*

¹⁶⁴ PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ, E., DE ASÍS, R., (eds.), *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, cit., p. 324. Al respecto el autor hace referencia a 5 modelos de relación entre Derecho y poder señalando los siguientes: supremacía del poder sobre el Derecho; supremacía del Derecho sobre el poder; identificación entre poder y Derecho con negación, a veces, de uno de los dos, separación entre poder y Derecho, o relación de coordinación o de integración entre poder y Derecho.

¹⁶⁵ PECES-BARBA, G., *Ética, poder y derecho*, cit., p. 88.

¹⁶⁶ PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ, E., DE ASÍS, R., (eds.), *Curso de Derechos Fundamentales, teoría general*, cit., p. 344.

¹⁶⁷ PECES-BARBA, G., *Ética, Poder y Derecho*, Fontamara, cit., pp. 92-93.

*obedecer a las normas de ese sistema jurídico que desobedecerlas, sin perjuicio de aquellas autorizaciones para no obedecer, que establecería el propio sistema, como objeción de conciencia. Estaríamos ante la justificación de la obediencia con la respuesta a la pregunta ¿por qué se obedece?*¹⁶⁸. La respuesta a cada una de las cinco preguntas aquí expuestas, serán el resultado de la relación entre ética, poder y Derecho, en aquel complejo dilema entre el hecho fundante básico y la norma fundante básica.

Ahora bien, si los derechos son un producto del poder, o mejor dicho, si los derechos fundamentales adquieren dimensión positiva, ¿Cómo será posible que estos limiten al propio poder que les otorgo esa fuerza jurídica limitadora? Desde la óptica del iusnaturalismo, se puede responder anticipando que los derechos son creaciones anteriores al derecho positivo, siendo para el positivismo una respuesta inaceptable. Para el positivismo, los derechos limitan al poder por la razón de que éstos fueron aceptados por el poder, y bajo su respectiva tutela, éste los convirtió en derechos positivos¹⁶⁹.

Es evidente que nos encontramos ante un poder democrático¹⁷⁰, ya que sólo un poder con tales características, podrá autolimitarse frente a los derechos. Es entonces cuando los derechos se configuran como resistentes¹⁷¹ ante el poder,

¹⁶⁸ Idem., p. 93. Para una mayor extensión sobre la teoría de PECES-BARBA con respecto al poder como hecho fundante básico y la relación entre ética, poder y Derecho ver: PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ, E., DE ASÍS, R., (eds.), *Curso de Derechos Fundamentales, teoría general*, cit., pp. 323-251.

¹⁶⁹ ANSUÁTEGUI ROIG, F., *Poder, ordenamiento jurídico, derecho*, cit., p.53.

¹⁷⁰ En referencia al poder democrático el Prof. Peces-Barba señala: *“Esta decisión libre del poder de autolimitarse es una característica inseparable del poder democrático, y de este tipo de relación entre poder y Derecho, a través de la positivación de los derechos fundamentales y de los principios de organización, e incluso más radicalmente ante la conversión del Poder en poder jurídico regulado por el Derecho”*. PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ, E., DE ASÍS, R., (eds.), *Curso de Derechos Fundamentales, teoría general*, cit., p. 349.

¹⁷¹ Al respecto con referencia a los derechos como límites al poder y derechos resistentes Prieto Sanchís señala: *“los derechos fundamentales son derechos constitucionales y, por tanto, resistentes ante la voluntad de cualquiera de los órganos políticos que encarnan el poder constituido”* PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., p. 97.

llevando consigo una serie de complicaciones o paradojas al configurarse, como límites al poder¹⁷².

Resta entonces añadir que, la relación entre Constitución y poder, será plenamente condicionada por el contenido de los derechos -tal como lo señalamos al principio del presente apartado- sin embargo, destacar que el nivel de resistencia de las ataduras que generan los derechos, dependerá en tanto nos encontremos ante un poder democrático, abierto a la posibilidad de elevar la satisfacción de los derechos.

2.4 ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Kelsen Vs Schmitt

En el modesto recorrido que se ha realizado en el presente trabajo, resaltamos la imperiosa necesidad de que las Constituciones contengan un determinado contenido de derechos; Por otro lado, señalamos que los derechos fundamentales son parte relevante en la relación del Derecho con el poder, ya que estos legitiman y organizan al poder, pero a la vez lo limitan en su acaecer jurídico-político por medio de la denominada relación de *coordinación e integración*.

Ahora, es momento de reflexionar sobre el guardián de la Constitución. Cabe recordar que nos situamos en la doctrina del constitucionalismo moderno, pensamiento que nos proporciona herramientas para abordar el tema en cuestión.

Pues bien, en apartados anteriores se mencionó la importancia de un cierto contenido moral en la Constitución, asimismo, se estudió la relación que existe entre el Derecho y el poder, haciendo énfasis en los derechos fundamentales como límites al poder. La preocupación que trataremos de trasladar en este último apartado del presente capítulo es, el tener claro, quién debe ser el guardián de la Constitución cuya relación es imprescindible con los otros dos temas mencionados, ya que tanto el contenido de derecho moral, así como la relación entre Derecho y poder, se ven seriamente condicionadas a la hora de determinar

¹⁷² Un estudio importante con respecto a las paradojas de los derechos como límites al poder lo encontramos en: DE ASÍS, R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Dykinson, Madrid, 2000.

que órgano será el responsable de defender y hacer respetar la Constitución, presentándose, como garante de la misma.

¿Quién debe ser el guardián de la Constitución? Evidentemente, la respuesta no es nada sencilla tal como veremos más adelante, sin embargo, consideramos que en principio, todas las personas que pertenecen a un Estado, deben ser guardianas de la Constitución, siendo un tanto optimistas con tal afirmación, ya que como fruto del pacto social es de interés general, -o al menos en esencia debería ser- hacer valer y respetar el máximo ordenamiento jurídico.

Como parte del pacto social, la Constitución confiere la facultad a un determinado poder constituido, fungiendo como el encargado de velar por la Constitución. El dilema jurídico e incluso político, será el determinar a qué poder u órgano del gobierno se le debe conferir tan importante y trascendental labor, puesto que dicha facultad será esencial para el buen funcionamiento del pacto social.

Fruto del dilema por responder a tan complicada pregunta sobre el defensor de la Constitución, se origina un acalorado debate intelectual a inicios del siglo XX. Evidentemente nos referimos a los autores Hans Kelsen y Carl Schmitt.

Sin duda el debate ofrecido por los juristas Kelsen y Schmitt, es por demás interesante y contiene distintas aristas que un modesto trabajo como el presente – además de no ser el tema central del estudio- no puede abarcar en su totalidad, sin embargo, trataremos de colocarnos en las principales tesis, de cada uno de los juristas en referencia a: ¿quién debe ser el defensor de la Constitución?

Pues bien, es importante mencionar que en la época en que se suscitó la confrontación académica, el país de cuna de ambos juristas se encontraba en una situación compleja, tanto política y constitucional¹⁷³. Transcurría el año de 1931 cuando Schmitt publica su *Ver hüter ver verfassung* (*El guardián de la*

¹⁷³ MIGUEL HERRERA, C., “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, número 86, 1994, p. 196.

Constitución) expone una serie de elementos sobre quién debe ser el garante de la Constitución¹⁷⁴.

El presidente del Reich como defensor de la Constitución, es la tesis fundamental de Carl Schmitt que despliega a lo largo de su obra. Caracterizando al presidente del Reich –como en la concepción de Schmitt- un poder neutro, mediador, regulador y tutelar¹⁷⁵.

El jurista alemán apoya su tesis con tres distintos argumentos: legales, históricos y doctrinarios¹⁷⁶. En lo que respecta a los legales, el autor se apoya en una interpretación demasiado extensiva del artículo 48¹⁷⁷ de la Constitución de Weimar del 11 de agosto de 1919, identificando los poderes excepcionales del Presidente del Reich con respecto a la defensa de la Constitución¹⁷⁸. En el argumento histórico, se basa en la compleja situación que vive el Estado alemán con respecto al parlamento de Weimar, que por disputas entre los partidos políticos no se logra garantizar la unidad del pueblo alemán. Con respecto al argumento doctrinario, Schmitt fundamenta su interpretación con la teoría del

¹⁷⁴ DE VEGA, P., “Prólogo”, en Schmitt, C., *La defensa de la Constitución*, trad., Sánchez Sarto, M., ed. Tecnos, Madrid, 1983, p.11.

¹⁷⁵ SCHMITT, C., *La defensa de la Constitución*, trad., Sánchez Sarto, M., ed. Tecnos, Madrid, 1983, p. 220.

¹⁷⁶ MIGUEL HERRERA, Carlos, “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, cit., p. 213.

¹⁷⁷ Artículo 48 de la Constitución de Weimar de 1919.

Cuando un Land no cumpla los deberes que le imponen la Constitución o las leyes del Reich, el Presidente del Reich puede obligarle apelando a la fuerza armada.

Cuando en el Reich alemán se encuentren gravemente alterados o amenazados, el orden y la seguridad públicos, el Presidente del Reich puede adoptar aquellas mediadas (*massnahmen*) que resulten necesarias para su restablecimiento, acudiendo a la fuerza armada si fuera preciso. A este fin, cabe suspender provisionalmente, en todo o en parte, los derechos fundamentales establecidos en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153 de la Constitución.

Cuantas medidas (*massnahmen*) haya adoptado el Presidente del Reich en virtud de los apartados 1º y 2º de este artículo, deberán ser puestas sin demora en conocimiento del Reichstag. Quedarán sin efecto si así lo requiere el Reichstag.

Si la demora llegara a constituir un peligro, puede el Gobierno de un Land adoptar en su territorio las medidas (*massnahmen*) referidas en el apartado 2º. Estas mediadas quedarán sin efecto a instancia del Presidente del Reich o del Reichstag. BÜHLER O., “Texto de la Constitución alemana de agosto de 1919 y comentario sistemático a sus preceptos”, en *La Constitución de Weimar*, Ed. Tecnos, Madrid, 2010, p. 203

Los pormenores serán regulados por una ley del Reich.

¹⁷⁸ GASÍÓ, G., “Estudio preliminar”, en Kelsen, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad., J. Brie, Roberto, ed. Tecnos, Madrid, 1995, p. XXVII.

monarca como poder neutro, intermediario y regulador, expuesta por Benjamin Constant¹⁷⁹.

La teoría del poder neutro de Constant se refiere a un poder, que sepa poner en su lugar a los tres poderes: representativo, judicial y ejecutivo. El poder al que se refiere el autor, no debe existir en ninguno de los tres poderes, ya que, si se otorga la facultad a alguno de los poderes, servirá para destruir a los demás, por tanto, en el modelo de Constant, la monarquía constitucional tiene esa gran ventaja, porque crea un poder neutro que se encuentra desvinculado de los tres poderes, y se le otorga a la figura del rey, siendo el único intereses, que los poderes se apoyen entre ellos y no se destruyan. Al respecto, cabría comentar que es incompatible la teoría del poder neutro con la teoría que propone Schmitt, por la sencilla razón que, el autor alude al poder ejecutivo como el portador de dicha facultad, por ende, caería en contradicción el propio Schmitt, ya que el ejecutivo podría utilizar tal poder en contra de los otros dos poderes, por lo que dejaría de ser neutro. Para poder utilizar la teoría de Constant como argumento, Schmitt debió considerar una figura que fuera independiente de los otros tres poderes, por tanto, el argumento del poder neutro en la teoría de Schmitt no es válida.

Carl Schmitt a lo largo del capítulo primero de *la defensa de la Constitución*, lo dedica para desacreditar los argumentos de Kelsen con respecto al control judicial del ordenamiento jurídico, señalando que: *“toda aberración de esta especie de lógica se manifiesta en una mezcla de abstracciones sin fondo y metáforas llenas de fantasía se manifiesta en el problema del protector o garante de la Constitución. Una ley no puede ser protectora de la ley. La ley del más débil no puede, naturalmente, proteger o garantizar a otra que sea más sólida”*¹⁸⁰.

Por otra parte, Schmitt traza su argumentación en dos puntos con respecto a todo órgano jurisdiccional. En primer lugar, señala los límites objetivos del órgano,

¹⁷⁹ CONSTANT, B., *Curso de política constitucional*, trad. Antonio López, Marcial, Ed. Comares, S.L., Granada, 2006, pp. 13-31.

¹⁸⁰ SCHMITT, C., *La defensa de la Constitución*, cit., p. 81.

manifestando que toda decisión judicial ocurre *post eventum*, ya que el tipo de sanción por parte de la autoridad será sobre hechos pasados, además de servir simplemente como precedente jurisprudencial. Del mismo modo, el autor afirma que las normas no pueden ser defendidas por las mismas normas, por lo que, se debe distinguir entre creación del Derecho que es una actividad del poder legislativo, y aplicación del Derecho, facultad de la jurisdicción. Por lo tanto, las sentencias representan la subsunción concreta a un caso en particular conforme a una norma legal, en tanto, la decisión judicial es reflejo del contenido de una norma legal que sea aplicable al caso¹⁸¹.

Con lo anterior, Schmitt llega a la conclusión que un tribunal de justicia sólo podría ser defensor de la Constitución si fuera el caso de un “*Estado judicialista que someta la vida política entera al control de los tribunales ordinarios*”¹⁸².

En 1931 Hans Kelsen publica *Wer soll der Hüter der Verfassung sein? (¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?)* escrito que dedica como réplica a Schmitt con respecto al guardián de la Constitución.

El autor alemán parte de la polémica, de si debe ser creado un instituto que deba controlar la constitucionalidad de ciertos actos del Estado, con un especial énfasis a los actos del parlamento o del gobierno, de manera, que el poder de controlar dichos actos, no les sea transferido a aquellos órganos que se desea controlar. “*La función política de la Constitución es la de poder límites jurídicos que no serán transgredidos. Por lo anterior, Kelsen rotundamente señala que: “nadie puede ser juez de su propia causa”*”¹⁸³.

Ahora bien, en primer lugar Kelsen define la garantía jurisdiccional de la Constitución como: “*un elemento del sistema de medidas técnicas que tienen*

¹⁸¹ GASÍÓ, G., “Estudio preliminar”, en Kelsen, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, cit., p. XXII.

¹⁸² SCHMITT, C., *La defensa de la Constitución*, cit., p. 46.

¹⁸³ Para Kelsen: “la garantía constitucional significa generar la seguridad de que esos límites jurídicos no serán transgredidos. Si algo es indudable es que ninguna otra instancia es menos idónea para tal función que aquélla, precisamente, a la que la Constitución confiere el ejercicio del poder y que, por ello, tiene en primer lugar la ocasión jurídica y el impulso político para violarla. KELSEN, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad., J. Brie, R., ed. Tecnos, Madrid, 1995, p. 5.

*como fin asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales. Estas funciones tienen carácter jurídico: consisten en actos jurídicos. Se trata, bien de actos de creación de Derecho, es decir, de creación de normas jurídicas, bien de actos de ejecución del Derecho ya creado, es decir, de ejecución de normas jurídicas ya dictadas*¹⁸⁴.

Las atribuciones de carácter jurídico cuya finalidad es regular las funciones del Estado, deben ser llevadas a cabo por un poder distinto, ya que no se podría confiar la anulación de actos irregulares al mismo órgano del que han surgido dichos actos. Por tal razón, se debe de otorgar dicha facultad a un órgano diferente del parlamento, así como de cualquier otro poder o autoridad del Estado cuya responsabilidad jurídica sea la anulación de actos inconstitucionales garantizando la independencia del mismo, es decir a una *jurisdicción o tribunal constitucional*¹⁸⁵.

La institución de la justicia constitucional no se encuentra en desacuerdo con el principio de la separación de poderes, al contrario, constituye un robustecimiento del principio. Por otro lado, el autor enfatiza la relevancia que adquiere el instrumento jurídico de defensa constitucional, afirmando que: *“no es exagerado afirmar que la idea política del Estado federal sólo se encuentra su plena realización con la instauración de un tribunal constitucional. El reparto de competencias es el núcleo político de la idea federal”*¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Kelsen, H., “La garantía jurisdiccional de la Constitución. (La justicia constitucional)”, trad., Ruíz Manero, J., ID., Kelsen, H., *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Selección y presentación, Ruíz Manero, J., Ed. Debate, Madrid, 1988, p. 109-110.

¹⁸⁵ Ídem., 129

¹⁸⁶ Es interesante el cómo Kelsen desarrolla la idea sobre la importancia política de la justicia constitucional con respecto al Estado federal, atribuyendo al órgano una carga importante en el equilibrio y buen funcionamiento del Estado con el desahogo de competencias entre los distintos niveles del Estado, tal como lo afirma el propio autor: *“Esto desde el punto de vista técnico, significa que las Constituciones federales no se limitan a regular el procedimiento legislativo y a establecer ciertos principios relativos al contenido de las leyes, como las de los Estado unitarios, sino que determinan también los objetos asignados a la legislación federal y a la local, respectivamente. Cualquier violación de los límites así diseñados por la Constitución es una violación de la ley fundamental del Estado federal; la protección de esta frontera constitucional entre las competencias de la Federación y las de los Estados miembros constituye una cuestión política vital, fuertemente vivida como tal en el Estado federal en el que las cuestiones de competencias dan lugar siempre a luchas apasionadas. Se hace sentir aquí, más que en ningún otro caso, la necesidad de una instancia*

Ahora bien, con respecto a la defensa de su teoría, Kelsen arremete contra Schmitt en tres niveles de análisis. El primero de ellos, acomete su defensa sobre la garantía jurisdiccional de la Constitución; en segundo lugar, se propone demostrar lo nada novedoso de la teoría Schmittiana a la luz de la teoría pura del Derecho su teoría pura; y, por último, el autor vienés busca probar la naturaleza “ideológica” y no científica de los argumentos de Schmitt, considerando que son de carácter ficticio, confundiendo entre teoría jurídica y política del Derecho. En síntesis, Schmitt confunde un problema de política del Derecho con uno de teoría general del Derecho¹⁸⁷.

Dediquemos nuestros esfuerzos a exponer algunos de los argumentos que consideramos relevantes en la defensa de la jurisdicción constitucional de la teoría Kelseniana.

Una de las funciones políticas de la Constitución, es someter al poder a través de límites jurídicos. Es por ello, que la garantía constitucional se configura como una herramienta veraz para el sometimiento del poder. Por lo anterior, la facultad de poder controlar la constitucionalidad de la Constitución, debe ser ejercido por un instituto que no sea subordinado del parlamento ni de cualquier otro poder del Estado, garantizando así, independencia absoluta del organismo garante de la Constitución. Es sobre éste punto, donde el jurista alemán arremete con la pretensión teórica de Schmitt, ya que el autor propone que el Presidente del Reich posea dicha facultad. Ante esta afirmación, Kelsen de manera brillante manifiesta que: “*nadie puede ser juez de su propia causa*”¹⁸⁸.

objetiva que decida estas luchas de forma pacífica, de un tribunal ante el cual pueden sustanciarse estos litigios como problemas de orden jurídico que se deciden como tales, la necesidad, en definitiva, de un tribunal constitucional”. KELSEN, H., “La garantía jurisdiccional de la Constitución. (La justicia constitucional)”, cit., pp. 152-153.

¹⁸⁷ MIGUEL HERRERA, C., “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, número 86, 1994, p. 215.

¹⁸⁸ KELSEN, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, cit., pp. 5-6. Más adelante Kelsen señala: “*Pero hay una gran diferencia entre confiar a un órgano ningún otro poder que no sea la función de control de la Constitución y reforzar el poder de uno de los dos portadores del supremo poder mediante la atribución ulterior del control de la Constitución. Ésta sigue siendo la ventaja fundamental de un Tribunal constitucional, porque desde el principio no toma parte en el ejercicio del poder ni entra necesariamente en oposición con el Parlamento ni con el Gobierno*”. Idem., p. 54

De igual manera, cuando Schmitt parte del presupuesto de que la función de la justicia constitucional ya no será más justicia sino un mero acto político, así como el ejercicio de la política del parlamento, somete al ejercicio de los ciudadanos una serie de leyes emitidas por el legislador; por consiguiente, los jueces son instrumentos del parlamento, ya que se deben someter y aplicar lo que fue creado por el mismo. Al respecto Kelsen señala que, el ejercicio del poder no se remata en el proceso legislativo: *“el ejercicio del poder encuentra su muy esencial continuidad e incluso hasta su efectiva iniciación en la jurisdicción”*, así mismo el autor vienés manifiesta: *“el carácter político de la justicia es tanto más fuerte cuanto más amplio sea el poder discrecional que la legislación general le debe necesariamente otorgar de acuerdo a su naturaleza”*. En esta misma línea argumentativa, Kelsen expone el error de Schmitt al considerar que la jurisdicción es una mera reproducción del Derecho: *“cuando el legislador autora al juez, dentro de determinados límites, a sopesar los intereses que se oponen y a resolver el conflicto a favor de uno u otro, le otorga una capacidad creadora de Derecho y, con ello, un poder que da a la función judicial el carácter político que tiene la legislación, aunque en una medida mayor”*¹⁸⁹. Con lo anterior, Kelsen atribuye tanto los conflictos políticos como colisión de intereses, los cuales pueden ser resueltos desde la óptica jurídica y viceversa, todo conflicto jurídico, es un conflicto de intereses, por ende, un conflicto de poder, con lo que refuerza el argumento que la jurisdicción constitucional, no es tan sólo como defiende Schmitt *un órgano político*, sino también es un poder que crea Derecho en razón de resolución de algún conflicto político, o lo que es igual, un conflicto de intereses.

Evidentemente, el debate entre Schmitt y Kelsen es mucho más rico que un modesto trabajo como el presente pueda analizar. Para nuestro cometido, nos basta con mencionar los argumentos expuestos arriba, dejándonos claro, cuál es la postura teórica con respecto a quién debe ser el defensor o guardián de la Constitución. Sin duda, quedan en el tintero temas relevantes que, por mencionar

¹⁸⁹ Idem., pp. 18-20. *“Todo conflicto jurídico es, por cierto, un conflicto de intereses, es decir, un conflicto de poder; toda disputa jurídica es consecuentemente una controversia política, y todo conflicto que sea caracterizado como conflicto político o de intereses o de poder puede ser resuelto como controversia jurídica”*.

algunos, resaltan: los límites del tribunal jurisdiccional y el déficit democrático que representa un poder como el que propone Kelsen. Por ahora, nos resta señalar que, la garantía jurisdiccional de la Constitución, es un rasgo distintivo de la doctrina del constitucionalismo moderno, ya que una Constitución sin garantía judicial tiende a carecer de virtualidad normativa¹⁹⁰.

¹⁹⁰ PRIETO SANCHÍS, L., "El constitucionalismo de los derechos", cit., p. 215.

Capítulo IV. La noción de Constitución Material

3.1 Recapitulación e introducción al capítulo

En este breve recorrido que hemos realizado para poder llegar a la noción de Constitución material, no ha sido nada fácil, y quedan abiertos muchos temas por profundizar. Sin embargo, creemos, que los temas anteriores adquieren vital importancia es éste último apartado de la investigación.

En el primer capítulo, señalamos algunas de las características de la doctrina del constitucionalismo, colocando el acento en el constitucionalismo moderno. Dicha doctrina, nos presenta una Constitución con alto contenido material y con fuertes mecanismos jurídicos por los cuales se intenta poner un freno al poder. Mecanismos que por medio del Derecho, se convierten en instituciones jurídicas, como por ejemplo: el imperio de la ley, el principio de separación de poderes, la rigidez constitucional o el instituto del control de constitucionalidad.

Por otro lado, en el análisis de la tipología del concepto de Constitución, hemos visto como el concepto racional normativo adquiere vital importancia al tema de estudio, ya que es precisamente, en dicha noción, donde vemos reflejadas rasgos del constitucionalismo. Sin embargo, no dejamos de mencionar la trascendencia que juegan los conceptos histórico y sociológico por generar una explicación lógica del cómo se gesta una Constitución y cuáles son sus elementos que la componen.

En el segundo capítulo, se abordaron esencialmente tres temas: la Constitución y los derechos, la relación entre Derecho y poder y el debate teórico sobre ¿quién debe ser el defensor de la Constitución?

Los derechos y quién debe cuidar la Constitución o velar por su respeto, son temas que van de la mano, a favor de contener al poder. La relación entre Derecho y poder, hemos visto, que existen varias posibilidades del cómo se lleva a cabo la relación entre ambos elementos, aludiendo que, la forma correcta es la que el Prof. Peces Barba considera que, el modelo de relación denominado de

coordinación o de integración entre Derecho y poder, ambos elementos se relacionan e incluso se considera imprescindible su comunicación.

3.2 Teorías de la Constitución Material

El concepto de Constitución material ha sido utilizado para aludir a distintos temas del ordenamiento jurídico, complicando así, el debate en torno a una misma línea teórica.

Un ejemplo de lo anterior, lo encontramos en Riccardo Guastini quien alude a la problemática que conlleva el estudio de la noción de Constitución Material, y por lo menos, distingue cinco distintas acepciones. En un primer sentido, hace referencia que se habla de Constitución material para hacer alusión a aquellas normas de cualquier ordenamiento para determinar una determinada forma de gobierno y de Estado; En un segundo sentido, el autor de Génova, menciona que la expresión también se utiliza para referirse al conjunto de normas sobre la legislación, o en un sentido más general, al conjunto de normas sobre las fuentes del Derecho; Una tercera acepción, la Constitución material hace alusión a la decisión política fundamental del titular del poder constituyente; En cuarto lugar, la misma expresión puede ser utilizada para referirse al tipo de régimen político que es vigente en un determinado Estado; Por último, la Constitución material es utilizada como sinónimo de Constitución viva, que a su vez denota el modo en que un determinado ordenamiento escrito es concretamente interpretado y actuado en la realidad¹⁹¹.

Así mismo, la idea de Constitución Material se identifica con aquella idea de intentar encontrar una dimensión distinta que preceda de las que ofrecen las normas formales vigentes. Por lo anterior, Fioravanti señala que las doctrinas en sentido material, se asocian como antítesis de las concepciones positivistas del

¹⁹¹ GUASTINI, R., “Sobre el concepto de Constitución”, cit., pp. 39-39. En el primer sentido propuesto por el autor, se encuentra la noción de Tamayo al referirse “como un conjunto de normas que confieren facultades, establecidas por el acto constituyente del orden jurídico”. TAMAYO Y SALMORÁN, R., *Introducción al estudio de la Constitución*, cit., pp. 260-261.

Derecho, y más, en aquellas doctrinas que tienden a: “*reducir el Derecho, con su fuerza compulsiva, a las leyes del Estado*”¹⁹².

Fioravanti destaca que, a raíz de la necesidad de concebir la necesaria existencia de un orden de carácter objetivo por parte del positivismo jurídico, el autor italiano pone de relieve la teoría propuesta por Savigny, a quien considera como el autor de la “*raíz primigenia de la doctrina de la Constitución en sentido material*”¹⁹³.

Savigny señala que si existe un Estado o alguna autoridad con la fuerza suficiente de dar origen al derecho positivo que sea de observancia general para todos, es porque hay algo más que solo unos vínculos contractuales. En otras palabras por el mismo autor: “*el Estado da cuerpo a la unidad nacional, con lo cual se fijan rigurosamente sus límites. Si investigamos ahora lo que da nacimiento al Estado, encontramos, como para el Derecho en general, una necesidad superior, una fuerza interna que trata de extenderse hacia fuera, e imprime al Estado un carácter individual. Esta fuerza crea el Estado como crea también el derecho, y puede considerarse la realización del Estado como la más alta manifestación de su poder*”¹⁹⁴.

Savigny considera que el pueblo es el sujeto activo y personal del Derecho, que bajo el prisma de su conciencia, vive el derecho positivo, siendo entonces derecho del pueblo; de igual manera, señala que un conjunto de individuos puede ser un Estado, sólo si ya es un pueblo, es decir, si los individuos se encuentran organizados u ordenados¹⁹⁵. En la medida del orden del pueblo, es la Constitución

¹⁹² FIORAVANTI, M., “Las doctrinas de la Constitución en sentido material”, *Fundamentos, Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, ed. Universidad de Oviedo, nº6, 2010, p. 427. Es interesante al respecto la definición de Constitución de George Jellinek, que refleja el pensamiento jurídico de inicios del siglo XX: “*La Constitución de los Estados abarca, por consiguiente, los principios jurídicos que designan los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción, y, por último, la situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado*”. JELLINEK, G., *Teoría general del Estado*, trad. y prólogo de la segunda edición alemana, De Los Rios Urruti, F., ed. Comares, Granada, 2000, p. 297.

¹⁹³ FIORAVANTI, M., “Las doctrinas de la Constitución en sentido material”, cit., p. 430.

¹⁹⁴ VON SAVIGNY, F. K., *Sistema del derecho romano actual*, trad. Guenoux, M.CH., Ed. Comares, Granada, 2005, p. 11.

¹⁹⁵ En esta misma línea argumentativa Savigny señala: “*Los pueblos son los que constituyen los Estados, y que, en todas partes, el pueblo es el que forma su base; En su origen, y según la naturaleza de las cosas,*

en sentido material. “Por este motivo, para Savigny el derecho positivo puede tener incluso su máxima expresión en la ley del Estado, pero sólo si ésta parte de la conciencia de que debe reflejar ese orden objetivo dado por la experiencia, y que ya se halla presente en la Constitución entendida en sentido material”¹⁹⁶.

En síntesis, el pueblo constituye el sentido de la Constitución material, siendo ésta capaz de determinar los límites del Estado, así como el principio de soberanía, que, en conjunto, dejen espacio de libertad para el ejercicio de los derechos¹⁹⁷.

Ahora bien, pasemos a revisar algunos conceptos referentes a la noción de Constitución material.

3.2.1 Mortati y la Constitución Material

En el año de 1940 el italiano Constantino Mortati publica su obra capital denominada: *La Constitución en sentido material*. La obra coincide en un periodo histórico de una profunda crisis y de debate en torno al concepto de Constitución por parte de la doctrina del derecho público¹⁹⁸.

Es importante mencionar que, la doctrina de Mortati, lleva consigo un rasgo determinante, pues se presenta como una teoría cuyos elementos decisivos son:

todos los Estados han sido formados en el seno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”. VON SAVIGNY, Friedrich Karl, *Sistema del derecho romano actual*, cit., p. 14.

¹⁹⁶ FIORAVANTI, M., “Las doctrinas de la Constitución en sentido material”, cit., p. 430. VON SAVIGNY, Friedrich Karl, *Sistema del derecho romano actual*, cit., pp. 5-17.

¹⁹⁷ FIORAVANTI, M., “Las doctrinas de la Constitución en sentido material”, cit., p. 431. Así mismo, cuando Savigny se refiere a la conciencia del pueblo y que bajo ésta se encuentra la verdadera base del Estado y de todo derecho positivo, sale a relucir la interrogante sobre ¿qué determinada conciencia del pueblo? El autor responde a lo anterior: “En los actos exteriores que la manifiestan, en los usos, en los hábitos, en las costumbres. Una serie de actos uniformes, acusa un origen común: la esencia del pueblo; lo más contrario precisamente, a la arbitrariedad y al acaso. Así, pues, la costumbre no engendra el derecho positivo, sino que es el signo por medio del cual se reconoce”. VON SAVIGNY, F. K., *Sistema del derecho romano actual*, cit., p. 17.

¹⁹⁸ BERGARECHE GROS, A., “Estudio preliminar”, en Mortati, C., *La Constitución en sentido material*, Estudio preliminar y trad. Bergareche Gros, A., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. IX. Pedro de Vega, encuadra el pensamiento de Mortati en la línea que denomina realismo sociológico a ultranza, describiendo la obra del italiano como un intento por recuperar el concepto de Constitución Material, donde se elabora el concepto de régimen político, (en este caso el fascista) así como, certificados de neutralidad axiológica y política. DE VEGA, P., “Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX”, en Carbonell, M., (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 5° edición, Porrúa, México, 2010, p. 25.

los objetivos políticos y la voluntad del partido fascista. La ideología política del autor, sin duda, será fundamental para el desarrollo de su pensamiento con respecto a la Constitución en sentido material¹⁹⁹.

La teoría que propone Mortati, parte, en primer lugar, por establecer un criterio supremo cuya base pueda ser el pilar para establecer el ámbito de eficacia del ordenamiento y, que a su vez, pueda ser capaz de conjugar las diversas relaciones sociales del Estado; y, en segundo lugar, conferir un sistema de garantías capaz de propiciar un criterio de validez y por consecuencia obtener impronta jurídica. La Constitución que adopta el autor, no se debe considerar con particularidades necesariamente formalistas o procedimentales, la función esencial del ordenamiento será, conferir estabilidad a la forma de Estado que surge para su mediación²⁰⁰.

El establecimiento de un criterio supremo capaz de aglutinar las relaciones sociales, y el establecimiento de un criterio de eficacia al ordenamiento jurídico, ambos serán efectivos por el contenido y la naturaleza de la Constitución; y, por su parte, la impronta jurídica por medio de un sistema de garantías, que a su vez, permitan conferir estabilidad para la forma de Estado que se pretenda, será el resultado de la función de la Constitución en sentido material. Bajo el presente esquema, desarrollaremos los puntos más representativos de los dos elementos mencionados.

A. Contenido y naturaleza de la Constitución material

El contenido y naturaleza de la Constitución en sentido material, se confluyen en la figura del Estado como elemento de absoluta supremacía, cuyos elementos son: estable, autoritario, coactivo, necesario y total. El autor parte de que el Estado: *“sólo puede alcanzar la unidad de sus elementos a través de la realización de una determinada forma de orden, es decir, de una particular determinación de la*

¹⁹⁹ PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*, ed. Tecnos, Madrid, 1984, p. 55. Constantino Mortati, se inscribió en el Partido Nacional Fascista (PNF) en 1927.

²⁰⁰ MORTATI, C., *La Constitución en sentido material*, Estudio preliminar y trad. Bergareche Gros, A., ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 14-16.

*posición de los elementos mismos entre sí y respecto al todo del que forman parte*²⁰¹.

Los elementos que describen al Estado según la teoría de Mortati, tanto el ser estable, autoritario, coactivo, necesario y total, descansan en una determinada forma de orden, es decir, dependerán de la posición que guardan estos para la regulación de las relaciones sociales. El autor, poco a poco va encaminando su hilo argumentativo a la necesidad imperiosa del Estado de estar provisto de medios externos más fuertes que los de cualquier otro organismo que viva dentro del mismo entorno, con el objeto de garantizar la posición del orden instaurado, es decir, que debido a la presencia de fuerzas o tendencias adversas al orden, el Estado deberá estar dotado de medios de coacción.

Es entonces cuando el autor encamina su discurso teórico al elemento fundacional del Estado: la fuerza política en el seno de la comunidad. Dicho elemento surge en la posición de ciertos asociados que logran ejercitar un poder sobre los otros, obteniendo un determinado grado de obediencia. El concepto de fuerza que Mortati utiliza, es cualificado bajo dos presupuestos: por una parte, la fuerza debe ser perseverante en su forma, que ésta sea capaz de obtener una obediencia constante por parte de los miembros de la comunidad y no de manera esporádica o accidental; y, por otro lado, el contenido de la fuerza, será determinado por el orden que el grupo dominante desea conseguir, con el propósito de unificar la diversidad de intereses de la comunidad. De igual manera, el autor recalca que: *“los elementos de cualquier organización, es decir, el surgir de una autoridad y el fin del establecimiento de ésta se encuentran necesariamente en el Estado, pero con los caracteres especiales convertidos en necesarios por la naturaleza del Estado mismo”*²⁰².

La fuerza que resulta de la organización de un determinado grupo social, que consiga hacer prevalecer de manera constante su poderío sobre los grupos antagónicos o portadores de diferentes intereses a esta fuerza, serán los que

²⁰¹ Idem, p. 63.

²⁰² Idem, pp. 70-72.

dotaran de contenido y naturaleza la Constitución originaria fundamental. Es entonces, cuando surge la primera organización en sentido político del sustrato social. El autor italiano, lleva a la más alta jerarquía a los partidos políticos, estableciendo que: *“el partido, en sentido específico, es, en definitiva el elemento activo de la institución originaria, necesario para que ésta asuma una forma política y, por lo tanto, no puede ser más que único como único es el principio de cualquier forma política. Por lo tanto, el partido, en el Estado moderno, es el sujeto del que emana la Constitución fundamental y que se establece como uno de los elementos, el instrumental, necesario para componer su contenido, su materia típica”*²⁰³.

Vayamos un poco más despacio para poder entender los conceptos empleados por el autor. La fuerza representa el primer el eslabón, donde, un grupo de personas ejercen una mayor coercibilidad con respecto al resto de la comunidad, quien, a su vez, determinarán el contenido de una Constitución que Mortati denomina: originaria, fundamental.

En el momento que la organización social hace valer su voluntad y ésta es obedecida como la única voluntad de la comunidad, nace la primera organización en sentido político. La organización política así formada es lo que Mortati denomina Estado, cuyos elementos ya mencionados arriba son: estable, autoritario, coactivo, necesario y total.

La preponderancia que Mortati otorga en su teoría de la Constitución material a los partidos políticos, es por demás significativa, visión, que podemos ver reflejada a lo largo de su obra, dedicando bastantes páginas para defender la labor trascendental de los entes políticos, manifestando, que de las instituciones políticas emana la constitución originaria, siendo los fines políticos, la primera fuente del derecho del Estado²⁰⁴.

²⁰³ Idem, pp. 83-84.

²⁰⁴ Idem, pp. 122-123.

Ante los fines políticos por los cuales nace el Derecho del Estado, serán los que determinen el contenido de la Constitución en sentido material, que será el instrumento que proporcione validez a la Constitución formal, tal como veremos más adelante.

B. La función de la Constitución material

Para percibir mejor la función de la Constitución en sentido material que propone la doctrina mortatiana, es interesante observar cuál es la posición de la Constitución formal con respecto a la Constitución material. Ambos documentos no tienen la misma fuerza. La llamada formal, es el instrumento de la material y ésta desarrolla una función determinante dentro del Estado. La constitución formal, es maleable ante los deseos o fines del documento material, pasando a un término secundario²⁰⁵.

Ahora bien, una premisa del pensamiento de Mortati donde se ve reflejada la ideología política del autor, corresponde cuando señala que: *“las fuerzas políticas que aparecen como los órganos de esta Constitución, jamás son absorbidas por completo en la estructura fundamental del Estado. Su actividad, como se ha señalado, puede ser disciplinada en mayor o menor medida, y pueden asumir una u otra forma jurídica, en relación con los modos de reglamentación que se haga, pero ésta, por su naturaleza misma, no es susceptible de permanecer constreñida en todos sus aspectos dentro de los límites de la disciplina”*²⁰⁶.

Es evidente el carácter político de la Constitución que propone el autor italiano, ya que, los poderes políticos, no se encuentran totalmente condicionados, al contrario, se les otorga la máxima jerarquía fáctica con respecto a determinar las

²⁰⁵ ZAGREBELSKY, G., “Epílogo”, en Mortati, C., *La Constitución en sentido material*, Estudio preliminar y trad. Bergareche Gros, A., ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 258. Al respecto Jiménez Campo señala: “La Constitución material no se subsume en la Constitución formal, sino que permanece, en estado se diría latente, sustentándola a lo largo de todo el despliegue de la vida constitucional, con la consecuencia, de radical importancia, de que el intérprete habrá de tener en cuenta en todo momento este dualismo y sacar de él, de esta confrontación, las consecuencias jurídicas oportunas”. JIMÉNEZ CAMPO, J., “Contra la constitución material”, en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruíz-Rico*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 51. Vid, VERGOTTINI, G., *Derecho constitucional comparado*, cit., pp. 141-143.

²⁰⁶ MORTATI, C., *La Constitución en sentido material*, cit., pp. 133-134.

pautas que rigen los diversos modos de convivencia en un determinada comunidad.

Con respecto a las funciones de la Constitución material, identificamos dos que nos parecen relevantes resaltar.

La primera función del ordenamiento en sentido material es, actuar como fuente de validez o del establecimiento del derecho positivo, en otras palabras, la Constitución material, determina el surgimiento de la Constitución formal. Asimismo, por medio de las fuerzas políticas, se garantizará el cumplimiento de las previsiones contenidas en la Constitución formal. Al ser el grupo dominante, tanto coactivamente como ideológicamente, es evidente que deben asegurar el orden y estabilidad social.

Una segunda función de la Constitución es la de establecer el elemento de la unidad de un ordenamiento jurídico, es decir, de unificar las diversas formas de producción del Derecho con el propósito de que éstas aparezcan *“como expresión de un mismo pensamiento, partes de un sistema único”*. Los fines políticos o el ideario del grupo político predominante en una determinado Estado, serán los que de alguna manera u otra, sean los portadores de la ideología que motive a ser un elemento incuestionable con respecto a la producción del Derecho. Nos encontramos en un punto de apertura a los valores, siempre y cuando éstos se encuentren insertos en la ideología del partido político dominante²⁰⁷.

La Constitución en sentido material, se puede considerar como el fruto de la gran contienda que se suscita en la política, donde aparece un vencedor, y es éste, quien determina el orden constitucional, al cual se le aplica el nombre de Constitución en sentido material.

Zagrebelsky, alude a Mortati, como un jurista que contemplo un determinado contenido en la Constitución, independiente de las particularidades históricas concretas del Estado, asimismo el autor define a Mortati como: *“el jurista que, en el periodo fascista, primero ha elaborado en su plenitud una nación de función de*

²⁰⁷ Idem, pp. 143-156.

y del gobierno, como cuarta función del Estado, independiente y predominante sobre otras y sucesivamente ha sometido el mismo gobierno al papel dominante del partido único como órgano “portador” exclusivo de la Constitución en sentido material en su propia ideología”²⁰⁸.

Una vez expuesta la doctrina de Mortati, rescatamos dos elementos para el presente estudio:

El primero de ellos tiene que ver, con la presencia de valores en el ordenamiento jurídico, sin embargo, serán condicionados si la ideología política del partido preponderante de un Estado, tenga a bien considerarlos para formar parte de la Constitución material. El segundo elemento, más que un presupuesto es, destacar el estudio del autor, no por el tinte ideológico propuesto, sino por defender una postura fuera del positivismo normativo, que en la figura de Hans Kelsen, encontramos su máxima expresión.

3.2.2 Kelsen y la Constitución Material

Una propuesta de análisis distinta a la anterior, se encuentra en la obra del jurista alemán Hans Kelsen, quien otorga a la Constitución material una posición meramente procedimental en el esquema de producción normativa. Sin embargo, veremos que con algunos matices, podemos encontrar en el autor una Constitución material con un contenido de derechos, que condicionaran a todo el sistema jurídico positivo.

La noción y función de la Constitución material en la teoría pura del Derecho, es totalmente opuesta a la concepción expuesta por el italiano Mortati, ya que el punto de partida, así como la ideología de ambos autores, son modelos netamente opuestos, tal como veremos a continuación. Mortati, (tal como mencionamos arriba) parte de un modelo de unidad derivado del principio de la unidad política, que será proporcionado por el partido político cuya fuerza será la que impere

²⁰⁸ ZAGREBELSKY, G., “Epílogo”, cit., p. 234. El autor Llamas Cascón señala que la doctrina del italiano Mortati es: “El paso nada inocente del cientifismo-jurídico del positivismo a la política-ficción como presupuesto inverosímil del planteamiento fascista”. LLAMAS CASCÓN, Á., *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, ed. Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993, p. 144.

dentro del Estado. Asimismo, la ideología y fines del partido condicionaran el contenido de la Constitución material, manifestándose, como fuente de creación del Derecho, siendo así, el instrumento que otorga validez a la Constitución formal.

Ahora bien, tanto en la *Teoría Pura del Derecho*,²⁰⁹ como en la obra *Teoría General del Derecho y del Estado*, Kelsen alude a la diferencia que existe entre Constitución formal y Constitución material.

Por Constitución formal se entiende, aquel documento de carácter solemne que contiene un conjunto de normas jurídicas que sólo pueden ser modificadas mediante procedimientos o prescripciones especiales con el objeto de salvaguardar, especialmente, las normas que dan vida a los órganos legislativos y regulan el procedimiento de la legislación. Por su parte, la Constitución material está constituida por preceptos que regulan tanto la creación de normas generales y la creación de leyes, teniendo relevancia al concepto éstas últimas. Lo interesante a nuestro tema de estudio, es la facultad de determinación que confiere el autor alemán a la Constitución material, ya que ésta no sólo puede determinar las normas de los órganos del proceso legislativo, sino que también, puede condicionar hasta cierto grado el contenido de las leyes futuras, tal como lo afirma el autor: *“la Constitución puede de determinar negativamente que las leyes no deben tener cierto contenido, por ejemplo, establecer que el Parlamento no podrá aprobar ningún estatuto que restrinja la libertad religiosa. En este sentido negativo, no solamente el contenido de las leyes, sino todos los demás preceptos del orden jurídico, así como las decisiones judiciales y administrativas, pueden hallarse determinados por la Constitución”*²¹⁰.

Por otro lado, la función dentro del ordenamiento jurídico que se otorga a la Constitución material, es determinante para la creación de normas jurídicas generales, en otras palabras, determinar a los órganos el procedimiento legislativo

²⁰⁹ En referencia al estudio de la *Teoría Pura del Derecho*, se utilizó la traducción de Vernengo Roberto J., que corresponde a la segunda edición publicada en 1960. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, trad. Vernengo Roberto J., ed. Universidad Autónoma de México, México, 1986.

²¹⁰ KELSEN, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., pp. 147-148. Vid., KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 232-234.

a seguir para la creación de las leyes futuras, condicionando hasta un cierto contenido. El problema de lo anterior, será garantizar que una norma inferior se ajuste a la superior, misma que determina su creación o su contenido²¹¹.

Si lo anterior es verdad, el contenido de la Constitución en sentido material, condicionará de manera importante, la creación de todos los preceptos del orden jurídico. Es entonces cuando un determinado contenido, -que podrían ser derechos- se posiciona en la grada superior de la pirámide kelseniana, determinando el contenido material de las leyes futuras y, en consecuencia, de normas de menor rango.

La anterior afirmación conlleva a valorar conceptos claves de la teoría Kelseniana, como, el sistema dinámico y estático de derecho, debido a las inconsistencias que se suscitan en caso de mantener que la Constitución material constituye en Kelsen tanto las normas que rigen el procedimiento de creación de normas, así como un determinado contenido. En caso de que el contenido contemple derechos, nos representaría un dilema en el sistema dinámico de producción normativa, ya que los derechos son parte del sistema estático del Derecho.

Por lo anterior, es interesante observar como en varios pasajes de distintas obras del autor hace referencia a un determinado contenido de la Constitución material que condicionará la producción normativa. Es entonces cuando la Constitución dispone en el fondo que las leyes no solamente deberán ser elaboradas por una determinada forma, sino también que no podrán contener disposición contraria que ponga en peligro o atente contra la igualdad, la libertad, la propiedad. La Constitución entonces no es únicamente regla procedimental, sino también un tipo de regla sustantiva²¹².

²¹¹ Kelsen, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 316.

²¹² Sobre este punto es interesante ver que el autor hace alusión a un determinado contenido material, aludiendo inclusive a un concepto de Constitución más amplio: *“Es esta noción amplia la que no solamente reglas sobre los órganos y el procedimiento de la legislación, sino también un catálogo de derechos fundamentales de los individuos o libertades individuales”*. Kelsen, H., *“La garantía jurisdiccional de la Constitución. (La justicia constitucional)”*, cit., pp. 114-117.

Prueba de lo anterior se encuentra en el ensayo de Kelsen sobre “*La garantía jurisdiccional de la Constitución*”, exponiendo tres elementos que configuran la Constitución en sentido material. Por un lado, tenemos que ésta contiene las reglas referentes a los órganos y al procedimiento de legislación, así como, lineamientos relativos a los órganos ejecutivos supremos, y, asimismo, reglas que determinan las relaciones entre el Estado y sus súbditos, fijando un catálogo de derechos fundamentales, es decir, se establecen una serie de principios sobre el contenido de las leyes²¹³.

Para una mejor comprensión sobre el alcance del concepto de Constitución material, tenemos que tener en cuenta los conceptos y diferencias que existe entre el sistema estático y dinámico de Kelsen, puesto que desde las afirmaciones mencionadas, la función de ambos sistemas se verán replanteadas en lo que corresponde a la influencia que propicia un determinado contenido en la Constitución.

A. El sistema estático y dinámico del Derecho de Hans Kelsen

Como es sabido, Kelsen parte de la norma fundamental cuya ausencia privaría de todo entendimiento de la construcción de su teoría²¹⁴. La norma fundamental debe tener el carácter de norma, ya que solo una norma puede ser el fundamento de validez para otra norma de rango inferior. Asimismo, la norma fundante, constituye la unidad de toda la multiplicada de normas, ya que de ésta depende la validez jurídica del total del orden²¹⁵.

El principio estático de Kelsen, se constituye por normas que por su propio contenido son válidas. Por su parte, el principio dinámico es: “*un hecho productor de normas, el facultamiento e una autoridad normadora o, lo que significa lo mismo, contiene una regla que determina cómo deben producirse las normas*”

²¹³ Idem., p. 117.

²¹⁴ GARCÍA AMADO, J. A., *Hans Kelsen y la norma fundamental*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 27. La norma fundamental existe solo en un momento posterior al surgimiento real de un determinado ordenamiento jurídico. La función teórica de la figura propuesta por Kelsen, permite a la ciencia jurídica fundar la validez de un ordenamiento jurídico. LOSANO, M. G., *Teoría pura del derecho. Evolución y apuntes cruciales*, trad. Guerrero, R. J., ed. Temis, Colombia, 1992, p. 145,

²¹⁵ KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 202.

generales e individuales del orden sustentado en esa norma fundamental básica"²¹⁶. Por lo anterior, es este proceso el que determina si una cierta norma pertenece o no a un determinado sistema, o, en otras palabras, si los preceptos jurídicos son válidos, o en realidad son parte integrante de un cierto ordenamiento jurídico. Dicha validez será otorgada por la ley fundamental del propio ordenamiento.

Es sabido que la distinción entre el sistema estático y dinámico, es el reflejo de un sistema moral (estático) y un paradigma de sistema jurídico (dinámico) prevaleciendo entonces, el sistema dinámico como fundamento de validez de todo orden jurídico.

Siguiendo a Patricia Cuenca, podemos diferenciar al sistema dinámico y estático bajo dos criterios: la diferente estructura o naturaleza de la norma fundamental y, la diferente relación entre las normas dentro del sistema, esto es, la diferente configuración²¹⁷.

La diferencia que existe con respecto a la estructura o naturaleza, tiene que ver con que los sistemas estáticos se configuran con una norma fundamental con contenido moral y, por otro lado, los sistemas dinámicos encuentran su fundamento en un órgano meramente formal, limitándose a otorgar competencia al máximo órgano de creador de normas, sin que el contenido puede imponer condición alguna. En lo que respecta al análisis de las relaciones entre normas, en los sistemas estáticos las normas se deducen unas de otras, es decir, la norma es válida, si la norma inferior se deduce de la norma superior; por su parte, las normas del sistema estático se producen por medio de otras normas, entonces, una norma es válida si es producida por una norma de rango superior, hasta encontrarse con la norma fundamental. *"En el Derecho, como orden normativo dinámico, la relación jerárquica de dependencia entre las normas es una relación*

²¹⁶ Idem, pp. 204-205.

²¹⁷ CUENCA GÓMEZ, P., Una aproximación a la teoría pura del derecho de Hans Kelsen, *Papeles el tiempo de los derechos*, número 3, 2010, p. 11. Vid., ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco, Javier, *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, cit., pp. 82-83

*de regulación de la producción. Las normas superiores regulan la creación de las normas inferiores”.*²¹⁸

De igual manera, la distinción entre sistemas normativos estáticos y sistemas normativos dinámicos se puede relacionar con la diferencia que existe entre dos tipos de normas que pueden encontrarse en un determinado sistema normativo, tal como: la divergencia entre normas independientes y normas dependientes. Las normas independientes son aquellas normas que no se encuentran condicionadas por la previa pertenencia a otras normas de un mismo sistema, cumpliendo la función de axiomas o postulados; las normas dependientes, al contrario, se encuentran determinadas por la pertenencia de otras normas del mismo sistema.²¹⁹ En lo que compete a las normas dependientes, se pueden distinguir al menos dos posibilidades: a) una norma es dependiente si es consecuencia lógica de otra norma, donde figura una relación de deducibilidad; b) una norma es dependiente, si la autoridad normativa que instaura dicha norma, se encuentra autorizada por otra norma²²⁰.

Si bien es cierto que la distinción entre el sistema dinámico y estático en Kelsen, es clara con respecto a pertenecer a dos sistemas de naturaleza distinta, pero, no será tan clara, cuando a la luz de determinados contenidos contemplados en la Constitución material que el mismo autor alemán alude, serán tomados en consideración para el funcionamiento del sistema normativo que en la teoría pura del derecho es esencialmente de carácter dinámico.

²¹⁸ Ídem, pp. 12-13.

²¹⁹ CARACCILO, R. A., *El sistema jurídico. Problemas actuales*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p.31

²²⁰ Al respecto el Ansuátegui Roig señala que: “la relación de dependencia entre ambas normas es de legalidad, ya que la acción normativa se ha llevado a cabo en el marco de una autorización normativa. Así, un sistema que admite la relación de deducibilidad como consecuencia necesaria y suficiente de la pertenencia y validez de las normas de un sistema estático, mientras que por el contrario los sistemas normativos dinámicos son aquellos basados en la relación de legalidad”. ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco, Javier, *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, cit., p. 83.

B. La Constitución material en el sistema dinámico de Kelsen.

Recordar que en Kelsen, la Constitución material como parte integrante del sistema dinámico del derecho, tiene la función de ser un instrumento de creación de normas jurídicas generales, capaz de determinar a los órganos el procedimiento legislativo a seguir para la creación de las leyes futuras, condicionando hasta un cierto contenido²²¹. Es en este punto, donde no se puede seguir sosteniendo que un orden jurídico sea esencialmente de carácter dinámico, ya que los contenidos pueden tener naturaleza del sistema estático de Derecho, tal como lo veremos más adelante. Por lo anterior, el autor alemán se encarga de otorgar poco valor a los contenidos del ordenamiento, tal como lo señala el propio Kelsen: *“una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta. Por ello, y solo por ello, pertenece la norma al orden jurídico, cuyas normas han sido producidas conforme a esa norma fundante básica, de ahí que cualquier contenido que sea, pueda ser derecho”*²²².

Al respecto, podemos ver al menos dos inconsistencias en torno al sistema normativo de esencia puramente dinámico. En primer término, señalar que la Constitución material (que prevé el propio Kelsen, aunque con ciertas contradicciones) tiene alcances de determinar hasta cierto grado un determinado contenido;²²³y, en segundo lugar, si cualquier contenido puede ser Derecho, (ya que solo es necesario el requisito formal-procedimental para la creación de normas) se puede llegar a incurrir en contradicciones entre las normas de un mismo sistema normativo, ya sea entre normas situadas en la misma grada

²²¹ Kelsen, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 316.

²²² Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 205.

²²³ Recordar que la Constitución en sentido material determina tanto el procedimiento de creación normativa, así como un determinado contenido, aunque sea solo excepcionalmente en sentido negativo. Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 242. Vid., Kelsen, H., “La garantía jurisdiccional de la Constitución. (La justicia constitucional)”, cit., pp. 114-117.

normativa o en rangos inferiores. Resultaría grave, que las normas de grada inferior, contradigan el contenido a las gradas de escala superior si se mantiene la premisa de que cualquier contenido que sea, puede ser derecho: *“no hay comportamiento humano comportamiento humano que, en cuanto tal, por lo que es como contenido, esté excluido de ser el contenido de una norma jurídica. Ni la validez de una de ellas puede ser negada por contradecir su contenido al de otra norma no perteneciente al orden jurídico cuya norma fundante básica es el fundamento de la validez de la norma cuestionada. La norma fundante básica es el fundamento de la validez de la norma cuestionada. La norma fundante de un orden jurídico no es una norma material que, por considerarse inmediatamente evidente el contenido, sea propuesta como norma suprema, a partir de la cual, mediante una operación lógica, puedan derivarse normas del comportamiento humano, como lo particular se infiere de lo universal*²²⁴.

En atención a lo anterior, García Amado señala: *“entender el sistema como puramente dinámico conduciría al absurdo de pensar un sistema que para cada caso o conflicto se limitara a prescribir el órgano y el procedimiento de resolución, pero que nada dijera del contenido de esa resolución, o que la lo que diga en cuanto a contenidos sea irrelevante para la validez o no de la norma inferior”*²²⁵. La relevancia que juegan los contenidos, en oposición a Kelsen, figuran a que los mismos deben ser utilizados como criterios de validez jurídica entre las normas de la misma grada jurídica, así como, de las normas inferiores. En consecuencia de lo

²²⁴ KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 205-206.

²²⁵ GARCÍA AMADO, J. A., *Hans Kelsen y la norma fundamental*, cit., pp. 24-25. Así mismo Prieto Sanchís alude a la problemática que existen en relación a uno de los temas más complejos que es la relación de las normas por razón de su contenido, que el autor señala como una tensión que difícilmente se podrá superar. “En realidad pienso que en Kelsen existe una tensión difícilmente superable entre el principio estático y el principio dinámico a la hora de conferir validez de las normas. De acuerdo con el primero, la validez vendría dada por la conformidad entre el contenido de una norma inferior y otra superior que, en sentido estricto, deja muy poco espacio al judicialismo y, en suma, a la política y al poder; esto es –rectamente entendido - a otra política y a otro poder que no sean aquellos que cristalizan o se expresan en la norma superior. En aplicación del segundo, la validez de una norma residiría exclusivamente en el hecho de haber sido dictada por un órgano competente habilitado por el sistema, con independencia de cuál sea el contenido de la prescripción y, por tanto, con independencia de cuál sea el contenido de la prescripción y, por tanto, con independencia de su mayor o menor conformidad material con otra norma superior”. PRIETO SANCHÍS, L., “La sombra del poder sobre el derecho. Algunas observaciones del derecho de Norberto Bobbio”, en Llamas Cascón, Á., (ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, ed. Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, pp. 102-103.

anterior, cumpliría con la exigencia de coherencia entre las normas de un sistema normativo, principio que presenta dificultades en el sistema jurídico dinámico.

Siguiendo al Prof. Rafael de Asís, es posible que un determinado órgano dictase normas de contenido contradictorio, lo que representaría un problema tanto en la consideración del Derecho como sistema, así como, en el cumplimiento y fines que le caracterizan: *“la exigencia de coherencia es esencial en el Derecho, hasta el punto de que debe constituirse como criterio de identificación e incluso como elemento legitimador. Implica la ausencia de normas contradictorias o incompatibles, o, al menos, la presencia de criterios para solucionar la posible presencia de normas contradictorias”*²²⁶.

Ahora bien, se ha destacado la importancia de un determinado contenido con respecto a la coherencia que debe prevalecer en un sistema de normas, evitando consigo discrepancias jurídicas desde el momento en que Kelsen afirma que cualquier contenido puede ser derecho, siempre y cuando se le confiera validez por medio del procedimiento jurídico-formal existente, esquivando así, cualquier influencia por parte de la presencia de contenidos en el ordenamiento. Sin embargo, el mismo Kelsen incurre en contradicciones (tal como hemos venido señalando) en su propia teoría, pues admite que la Constitución material contemple ocasionalmente un determinado contenido²²⁷. Bajo esta rúbrica teórica del autor austriaco, se ha podido comprobar que el sistema jurídico dinámico, se hace de postulados del sistema estático bajo el cobijo de la Constitución material, afirmación difícilmente aceptable para la teoría pura del Derecho. Pero, como hemos visto, es difícil mantener dicha teoría ante las inconsistencias presentadas en el modelo kelseniano y más, cuando nos adentremos al concepto de

²²⁶ El autor hace alusión que, la concepción de Derecho como sistema de normas lleva consigo una serie de notas, tal como: unidad, coherencia y plenitud. DE ASÍS ROIG, R., *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, pp.27-28. En este mismo sentido Caracciolo utiliza el término de consistente, para referirse que un sistema de normas no debe de contener contradicciones: *“La exigencia de que el Derecho, entendido como un sistema de normas, tiene que ser consistente, esto es, que tiene que carecer de contradicciones, parece ser aún más fuerte que el requisito de completitud”*. CARACCILO, R., *La noción de sistema en la teoría del derecho*, Ed. Fontamara, México, 1994, p.11.

²²⁷ Un análisis en torno a las contradicciones de Kelsen con respecto al contenido material en la Constitución lo podemos observar en: CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, ed. Dykinson, Madrid, 2008, p. 187 y ss.

Constitución material que nos ofrecen las doctrinas del constitucionalismo moderno, donde, un cumulo de derechos invaden la grada superior del máximo ordenamiento jurídico, condicionando así, toda actividad jurídico-política del Estado, tal como veremos a continuación.

Somos conscientes que un modesto trabajo como el presente, pueda vislumbrar todos los acertijos posibles que devienen de una teoría trabajada por varios años y que hoy en día todos los juristas encuentran en el pensamiento de Kelsen un punto de partida para vislumbrar los problemas jurídicos-filosóficos contemporáneos. Por ser una teoría tan estudiada, se convierte en blanco constante de críticas y argumentos en contra de postulados importantes. Por citar un ejemplo, el principio de la norma fundamental en Kelsen, es un elemento indispensable como fundamento de la validez de todo ordenamiento de carácter positivo. La crítica que suele atribuirse a la norma fundamental, es que es una norma no positiva y no se es congruente al conferirle la misión de ser una norma que provea de validez al resto de normas, es por ello, que la validez de la norma fundamental se determina de manera hipotética, de lo contrario, se tendría que asumir otro tipo de postulados provenientes de la esfera de la moral, lo cual sería reprochable para Kelsen²²⁸.

Podremos concluir el siguiente apartado señalando que, inclusive con los postulados de la teoría kelseniana podemos afirmar la presencia de contenido material, por lo que el sistema jurídico se verá seriamente condicionado ante la presencia de derechos en la cúspide normativa de la jerarquía normativa, con lo que se podría superar la dicotomía que existe entre los sistemas normativos dinámico-estático de derecho y, con ello, poder reflexionar sobre una configuración mixta del orden jurídico²²⁹.

²²⁸ GARCÍA AMADO, J. A., *Hans Kelsen y la norma fundamental*, cit., p. 33 y ss. Vid., CALSAMIGLIA, A., "Kelsen y Bobbio. Una lectura antikelseniana de Bobbio", en Llamas Cascón, Á., (ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Ed. Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, p. 121.

²²⁹ CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, cit., pp. 242-243. Vid es esta misma línea argumentativa DELGADO PINTO, J., "El voluntarismo de Hans Kelsen", en Delgado Pinto, J., *Estudios de filosofía del derecho*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 127. Uno de los pasajes donde se evidencia la

3.3 La noción de Constitución Material. Propuesta de análisis

La noción de Constitución material que inquieta el presente estudio, es aquella que se presenta: *“con un denso contenido sustantivo formado por normas de diferente denominación (valores, principios, derechos o directrices) pero de un idéntico sentido, que es decirle al poder no sólo cómo ha de organizarse y adoptar sus decisiones, sino también qué es lo que puede e incluso, a veces, qué es lo que debe decidir”*²³⁰.

La presencia del poder en el núcleo del concepto de Constitución material y, que todos los elementos que conforman la noción giran en torno a éste, no es obra de la casualidad ni fruto de alguna probable confusión, sino de la necesidad de configurar una serie de características que conllevan a condicionar al poder en el desarrollo de su actividad jurídico-política en un determinado contexto.

La noción de Constitución material, se opone rotundamente a una noción formal o meramente procedimental. Pero tampoco se defiende aquí, que una Constitución solo debe contener los elementos sustantivos, al contrario, la Constitución material, viene a complementar la parte formal-procedimental, valiéndose de un determinado contenido axiológico.

Ahora bien, la Constitución material representa el fruto de la relación de coordinación e integración entre Derecho y poder, donde se hace posible una vinculación entre el hecho fundamente básico y la norma fundante básica que

presencia de contenido material en la teoría de Kelsen se puede observar: KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 245. Con respecto a la inconstitucionalidad de la ley, Kelsen señala que, ésta puede derivarse tanto de contenidos formales como materiales, para evitar una posible contradicción. *“La inconstitucionalidad de una ley puede consistir –como aparece a primer vista –no sólo en que ha sido adoptada mediante un procedimiento no prescrito por la Constitución, sino que también puede tener un contenido que no debería tener según la Constitución; en la medida en que precisamente la Constitución no sólo regula los procedimientos de la legislación, sino que también determina de alguna manera el contenido de las leyes futuras, por ejemplo, mediante la exposición de pautas, principios, etc. Pero dado que una jurisdicción constitucional en relación con las leyes sólo es posible cuando las normas constitucionales materiales son presentadas también bajo la específica forma constitucional, es decir, como leyes calificadas –pues de otro modo cada ley constitucional material sería derogada o modificada por una simple ley, que esté en contradicción con aquéllas, y así no sería posible la evaluación de la constitucionalidad de una ley por parte de un Tribunal constitucional implica una respuesta a la cuestión de si la ley ha sido dictada de acuerdo con la Constitución”*. KELSEN, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, cit., pp. 24-25.

²³⁰ PRIETO SANCHÍS, L., “El constitucionalismo de los derechos”, cit., pp. 213-214.

considere la triple relación entre ética, poder y Derecho. Es así, que la Constitución material, (en términos de Peces-Barba) constituye la *norma material básica de identificación de normas*. La Constitución material, en la teoría de Peces-Barba, representaría a la pregunta de ¿Qué se manda?²³¹

Se considera que la Constitución del constitucionalismo es una Constitución material en el sentido aquí expuesto, fruto del constitucionalismo europeo de posguerra, incluso se habla de “*un nuevo paradigma constitucionalista*”²³² haciendo referencia a las constituciones que presentan un denso contenido material y garantizadas.

Prieto Sanchís entiende por Constitución garantizada que: “*significa sencillamente que, como ocurre con cualquier otra norma primaria, su protección o efectividad se encomienda a los jueces; o, si se prefiere, que en el sistema existen normas secundarias, de organización y procedimiento, destinadas a depurar o sancionar la infracción de las normas sustantivas o relativas a derechos.*”²³³ Por su parte, Rubio Llorente señala, que, tanto la declaración de derechos y su garantía, pasan a ser núcleo de la Constitución²³⁴.

²³¹ PECES BARBA, G., *Ética, Poder y Derecho*, cit., pp. 92-93.

²³² ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, cit., p. 309. En el mismo sentido Meier García señala: “*La constitución del constitucionalismo es una Constitución en sentido material, como conjunto de normas fundamentales, de organización política y regulación de la democracia, donde rige un Estado Constitucional efectivamente limitado por el Derecho. Los derechos fundamentales o humanos son exigencias éticas universales y necesarias para que el Estado Constitucional y el Constitucionalismo dejen de ser expresiones más o menos abstractas y entusiastas de un fenómeno contemporáneo*”. MEIER GARCÍA, E., *(Neo) Constitucionalismo e internacionalización de los derechos*, Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política, n°15, enero de 2012, p. 39. En esta misma línea argumentativa, se encuentra la Constitución pluralista de Zagrebelsky que define como: “*la estructura de un pacto en el que cada una de las partes implicadas introduce aquellos principios que se corresponden con sus ideales de justicia. De este modo, dichos principios vienen rescatados del ámbito de lo prejurídico e insertados plenamente como tales en el derecho*”. ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, 11ª edición, trad. Gascón Marina, ed. Trotta, 2011, p.97. Uno de los elementos que distinga al (neo) constitucionalismo de sus diversas versiones, es que coinciden con el aspecto de una Constitución con una fuerte carga axiológica. GARCÍA FIGUEROA, A., “La teoría del derecho en tiempos del constitucionalismo”, en Carbonell M., (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, 4ª edición, ed. Trota, Madrid, 2009, pp. 165-165.

²³³ PRIETO SANCHÍS, Luis, “El constitucionalismo de los derechos”, cit., p. 214.

²³⁴ RUBIO LLORENTE, F., “La Constitución como fuente de derecho, en Carbonell, M., (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 5ª edición, ed. Porrúa-UNAM, México, 2012, p. 162.

Una Constitución, impregnada de contenido sustantivo en la cúspide normativa, nos trae diversas consecuencias, tales como: elevar el nivel de resistencia de los derechos, así como, una vinculación inmediata de todos los poderes públicos con respecto a los derechos²³⁵.

El Prof. Peces-Barba señala, que se pueden distinguir al menos cuatro reflexiones en torno a la incorporación de valores en el máximo ordenamiento jurídico. En primer lugar, se puede señalar que existe una superación tanto del positivismo cerrado a los valores, como de un iusnaturalismo idealista, que desconsideraba al Derecho positivo; una segunda reflexión, se matiza el rígido formalismo kelseniano. No quiere decir esto que existe una superación del mismo, al contrario, para una buena comprensión de la Constitución material, es decir, de los valores, se necesita complementarse con la teoría formalista reflejada en la teoría kelseniana; en tercer lugar, el asumir que la Constitución lleva consigo un fuerte contenido sustantivo, será un inconveniente para las teorías que conciben el Derecho como uso de la fuerza, tal como pretenden Kelsen y Ross. Por lo tanto, la inclusión de valores permitirá regular el uso de la fuerza, siendo éste un instrumento respecto de lo que establezca el cumulo de valores para el buen funcionamiento de las relaciones de la sociedad, con el propósito de hacer posible la vida humana digna en sociedad, y; por último, los valores de la Constitución,

²³⁵ Siguiendo a Prieto Sanchís, *"concebir los derechos humanos como obligaciones estatales supone elevar de modo considerable el nivel de su resistencia jurídica, pues significa que todos los poderes del Estado, incluido el legislativo, se hallan limitados y sometidos al imperio de los derechos"*, así también: *"Qué los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos sin excepción, precisamente porque aparecen reconocidos en verdaderas normas jurídicas, no es una decisión caprichosa del legislador constituyente, sino que representa la culminación de una larga y costosa evolución de la idea constitucional que refleja el tortuoso desarrollo político de Europa desde el siglo XVIII"*. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., pp.111-120. En esta misma línea, con respecto a las características de los principios, con respecto a su vinculación con el ordenamiento jurídico: *"Proporcionan una guía acerca de cómo y cuándo han de usarse las reglas sobre las que veras; que alcance darles; cómo combinarlas; cuando otorgar presencia a algunas de ellas, etc."*. CARRIO, G. R., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, p. 26. Así mismo, otra dimensión con respecto a la vinculación inmediata de todos los poderes públicos, los derechos fundamentales, son utilizados por todos los operadores jurídicos. *"Son la guía de toda creación normativa y el límite de esta"*. PECES BARBA, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico. (Escritos de filosofía jurídica y política)*, ed. Dykinson, Madrid, 1999, pp. 137-138. Vid., BARRANCO AVILÉS, M., "Los contenidos materiales de las constituciones y la posibilidad de un constitucionalismo positivista", en Ramos Pascua J. A., Rodilla González, M. Á., (Eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Ed. Universidad de Salamanca, España, 2006, p. 340.

suponen un concepto del Derecho como fenómeno cultural, obra de los hombres en la historia²³⁶.

Por cuestiones de espacio, nos daremos a la tarea de reflexionar en torno a la segunda propuesta, asumiendo que se debe matizar el formalismo kelseniano ante las nuevas exigencias jurídicas que representan constituciones materiales y garantizadas. Asimismo, será inevitable realizar algunos comentarios en torno al primer plano de reflexión que propone Peces-Barba, con respecto a la superación de un positivismo cerrado a los valores y principios, es decir, de aquella moral crítica que es positivada, configurándose, como rasgo característico insoslayable de las constituciones modernas.

Al considerar que los derechos son la parte medular de la Constitución material, y que éstos se encuentran en la cúspide normativa en igualdad de circunstancias jurídicas que la Constitución formal, son considerados como criterios de validez del sistema. Los criterios de validez, pueden considerarse como aquellos requisitos que debe cumplir cualquier enunciado jurídico (norma) para poder ser considerado válido en un sistema normativo, y, por tanto, jurídico²³⁷.

Por lo anterior, tal como señala Rafael de Asís: *“cabría hablar de dos tipos de criterios a la hora de juzgar la validez de las normas: el formal y el material. El primero de ellos es el criterio propio del pensamiento positivista más clásico. La validez supone concordancia con los requisitos procedimentales de producción de normas. El segundo es el propio del pensamiento iusnaturalista clásico. La validez supone concordancia con ciertos contenidos de justicia. Ahora bien, cabe integrar ambos y afirmar que la validez de una norma supone la creación de esta por el órgano competente, siguiendo el procedimiento establecido en el Ordenamiento y*

²³⁶ PECES BARBA, Gregorio, *Los valores superiores*, cit., pp.55-57. Vid., PÉREZ LUÑO, A, “El retorno de los valores”, Id., Pérez Luño, A., *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del Derecho*, 5ª edición, ed. Tébar, Madrid, 2007, pp. 73-76.

²³⁷ ANSUÁTEGUI ROIG, F., *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*, cit., p.81.

*con un contenido que no esté en contradicción con los contenidos básicos del mismo*²³⁸.

Estos planteamientos, nos llevan a rechazar tajantemente la distinción de Kelsen entre el sistema dinámico-estático de derecho, y, por consiguiente, de caracterizar esencialmente como dinámico el sistema normativo. Sin embargo, no se rechaza que los contenidos materiales no son compatibles con el formalismo kelseniano, inclusive, estos no se podrían entender sin la construcción de la teoría pura, al contrario, necesitan del conjunto de poderes y deberes, como de las normas de producción y de ejecución que asiste la teoría en Kelsen.²³⁹

Ahora bien, lo anterior nos lleva a la consideración del sistema jurídico como un sistema normativo mixto, debido, a que el sentido de pertenencia de las normas se atribuye, no solo a un procedimiento de índole formal-procedimental (dinámico), sino además, de un sistema normativo moral (estático), siendo entonces, los contenidos uno de los factores por los que el sistema jurídico se puede analizar desde la superación de un sistema puramente dinámico²⁴⁰.

Bajo el amparo de la Constitución material, será difícil seguir manteniendo la naturaleza puramente dinámica del ordenamiento, y más, si se pretende dar una explicación a la presencia de contenidos materiales en la cumbre del ordenamiento. Consecuencia de lo anterior será, tomar en consideración no sólo parte formal-procedimental de la Constitución, sino también, la parte material del ordenamiento. Ambos elementos, dotarán de validez a cualquier hecho social que

²³⁸ DE ASÍS ROIG, R., *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, cit., pp. 39-40.

²³⁹ PECES-BARBA, Gregorio, *Los valores superiores*, cit., pp. 70-71.

²⁴⁰ ANSUÁTEGUI ROIG, F., *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*, cit., pp. 84-85. Un estudio exhaustivo sobre el sistema jurídico como sistema normativo mixto. “La reflexión desarrollada en estas páginas servirá, por tanto, para demostrar que todos los sistemas jurídicos incluyen una dimensión de naturaleza estática que se traduce en la operatividad de criterios de validez de carácter material que condicionan el contenido posible de las normas jurídicas válidas. La necesaria concurrencia en el Ordenamiento de una dimensión dinámica, esto es, de criterios de validez formal que delimitan el origen del poder y los procedimientos de creación normativa, permite caracterizar al sistema jurídico como un sistema normativo de tipo mixto”. CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, cit., p. 132. Así mismo los criterios materiales de identificación de normas, no previstos en un ordenamiento suelen denominarlos “fuentes extra ordinem”. Vid. GUASTINI, R., *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. Ferrer Beltrán, J., ed. Gedisa, Barcelona, 1999, p. 88.

pretenda ser parte del ordenamiento jurídico, suponiendo así, la unidad, coherencia y plenitud del sistema²⁴¹.

Por lo anterior, supone afirmar que los criterios formales y materiales, como sistema mixto (dinámico y estático) son condiciones imprescindibles para otorgar validez a una norma. Pues bien, no solo basta que una norma sea deducible de otra para otorgar validez, sino que además, deberá cumplir el procedimiento determinado por la norma formal; y, viceversa, no será suficiente que una norma cumpla con lo establecido por los criterios formales de legalidad, sino también, que la norma llevada a al test de validez, sea producto de la deducibilidad de los criterios materiales. Serán pues necesarias, ambas dimensiones para otorgar la validez jurídica de acuerdo al test formal y material del sistema jurídico.

3.4 Reflexiones finales.

El asumir una Constitución en sentido formal y material, donde un cúmulo de dimensiones materiales en el más alto peldaño normativo de las actuales constituciones del constitucionalismo moderno, derivado, por el proceso de positivación del derecho natural²⁴², nos lleva a reflexionar en torno a los criterios de validez del Derecho, así como, el análisis de las posiciones positivistas con respecto a determinar el valor jurídico que se otorga a dichas dimensiones sustantivas.²⁴³

Ahora bien, la incorporación de contenidos morales en el Derecho ha transformado la dicotomía que existía entre el ser y el deber ser del derecho,

²⁴¹ CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, cit., pp. 242-243. Vid, LLAMAS CASCÓN, A., *Los valores jurídicos como ordenamientos material*, cit., p. 191. Vid, GIANFORMAGGIO, L., *Estudios sobre Kelsen*, trad., Serrano Coronado T., ed. Fontamara, México, pp. 93-99.

²⁴² FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, 6° edición, Ed. Trota, Madrid, 2004, p. 356. Ejemplos de constituciones con alto contenido sustantivo, Italia (1947), Alemania (1949), Portugal (1976) y España (1978). CARBONEL M., "Prólogo. Nuevos tiempos para el constitucionalismo", en Carbonell M., (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, 4° edición, Ed. Trota, Madrid, 2009, p. 9.

²⁴³ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., "Positivismos jurídicos y sistemas mixtos", en Ramos Pascua J. A., Rodilla González, M. Á., (Eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Ed. Universidad de Salamanca, España, 2006, pp. 601-602.

pasando a ser y deber ser en el Derecho²⁴⁴. Lo anterior, no resulta nada fácil de admitir en las filas del positivismo, y sobre todo, en las filas del positivismo formalista representado principalmente en la figura de Kelsen.

Una dosis de moral en el Derecho, conlleva a replantearse las tres grandes tesis del positivismo representadas en la obra de Hart: la separación conceptual entre Derecho y moral, tesis de la fuente sociales y la tesis de la discrecionalidad²⁴⁵.

Con respecto a la separación conceptual del derecho y la moralidad, Hart menciona que aunque existen numerosas e importantes conexiones entre el derecho y la Moralidad, de modo que frecuentemente, hay una coincidencia o solapamiento «de facto» entre el derecho de algún sistema y las exigencias de la Moralidad, tales conexiones son contingentes, no necesarias lógicamente ni conceptualmente. La segunda tesis denominada de las fuentes sociales del derecho, se atribuye que para que el derecho exista debe de existir un mecanismo de práctica social que incluya a los jueces y a los ciudadanos ordinarios, y derivado de esta práctica social, se determine lo que en cualquier sistema jurídico dado son las fuentes últimas del derecho o criterios últimos o *tests*, últimos de validez jurídica. La tercera tesis denominada, tesis de la discrecionalidad jurídica, sostiene, que en todo sistema jurídico habrá siempre ciertos casos no previstos y el derecho no se encuentre claramente establecido y, en consecuencia, el derecho presente se vislumbre indeterminado o incompleto²⁴⁶.

Tanto el Derecho y la moral, se configuran como los dos sistemas normativos más relevantes en el ámbito de la regulación de la vida social. Todo ordenamiento jurídico lleva expresa un punto de vista sobre la moral, sobre lo que es bueno o es malo. Al respecto, Eusebio Fernández reflexiona en torno a lo anterior, partiendo de la siguiente pregunta: ¿El derecho positivo debe basarse en una ética? Siguiendo al Prof. Fernández, se afirma la interrogante mediante dos caminos

²⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, cit., p. 356

²⁴⁵ Una breve definición al respecto de las tres tesis del positivismo propuestas por Hart, la encuéntranos en: ESCUDERO ALDAY, R., *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, cit., pp. 12-13.

²⁴⁶ HART, H.L.A., "El nuevo desafío al positivismo jurídico", trad. Hierro, L., Laporta F. y Páramo J. R., *Sistema*, n°36, 1980, pp.4-6.

condicionados desde el plano normativo o desde el plano descriptivo. Desde una coordenada del plano descriptivo, será difícil negar la idea de que el Derecho positivo siempre se basa en una ética. Desde la perspectiva del plano normativo la respuesta insiste en que el Derecho positivo debe basarse en una ética. En el plano normativo, señala el autor, que se está pensando no en cualquier tipo de ética, sino en una *“que satisfaga los criterios y exigencias de la justicia, dado que es esta virtud la que tiene un contacto más estrecho con el Derecho”*, concluyendo que, todo Derecho es estructuralmente moral y, con respecto a su contenido, se determinará si el Derecho puede ser moral o inmoral.²⁴⁷

Si el derecho representa una postura sobre una idea de justicia, y más, cuando los contenidos materiales se encuentran positivados, el derecho deja de ser neutro con respecto a una determinada moral. El problema que representa lo anterior, es el de la imposición general de propuestas morales. De que se incluyan unos contenidos morales y no otros. Sin embargo, Ansuátegui Roig señala que: *“el problema más bien, es que el Derecho, de una u otra manera expresa una determinada concepción sobre lo bueno y lo malo moral. El elemento que condiciona el discurso es que el Derecho no es neutro desde el punto de vista moral y no parece posible otra posibilidad”*²⁴⁸.

El concebir una Constitución material que se encuentra rematerializada, nos coloca en posición de reflexionar en torno sobre una propuesta de sistema normativo mixto, que nos ofrece una explicación del funcionamiento del sistema jurídico, capaz explicar los nuevos paradigmas constitucionales que presentan las constituciones del constitucionalismo moderno.²⁴⁹

Por último señalar, que la noción de Constitución material aquí expuesta, podrá servir de plataforma, para llevar a cabo análisis posteriores sobre las diversas

²⁴⁷ FERNANDEZ GARCÍA, E., *Filosofía política y derecho*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995.

²⁴⁸ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., “Positivismos jurídicos y sistemas mixtos”, cit., p. 622.

²⁴⁹ Para el positivismo corregido o ético, los criterios de validez del derecho, deben ser establecidos por una norma de identificación de normas, que condicione los elementos formales y materiales que contemple el ordenamiento jurídico. PECES BARBA, G., “Epílogo. Desacuerdo y acuerdos de una obra importante”, en Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, Vid., PECES BARBA, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico. (Escritos de filosofía jurídica y política)*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 83-89.

consecuencias que conlleva que los actuales ordenamientos jurídicos, lleven consigo una fuerte carga sustantiva en su más alto peldaño normativo.

V. Conclusiones

El estudio de la noción de la Constitución material, nos arroja las siguientes conclusiones, que son expuestas de manera concisa y esquemática.

1.- La Constitución material, no se puede entender sin la correcta relación entre Derecho y el poder, la cual, debe llevarse a cabo mediante el tipo de relación denominada de *coordinación e integración*. El Derecho no puede entenderse sin el poder, y éste a su vez, se limita frente al Derecho.

2.- El poder que dará vida a la Constitución material, será aquel con un fuerte compromiso con los derechos, abierto a los valores, que contemple fuertes mecanismos de protección y garantías a los derechos fundamentales, dotándolos de una mayor resistencia.

3.- Servirá el presente estudio, para repensar el sistema jurídico dinámico y sistema jurídico estático de la doctrina Kelseniana, donde el catálogo de derechos, juega un papel preponderante a la hora de otorgar validez jurídica a una norma.

4.- Se concibe que el sistema mixto de derechos es el modelo idóneo para poder explicar y entender que en la actualidad, los ordenamientos jurídicos llevan consigo un fuerte contenido axiológico, condicionando a todos los poderes públicos del Estado.

5.- La noción de Constitución material, se opone rotundamente a una noción formal o meramente procedimental.

6.- La Constitución material, viene a complementar la parte formal-procedimental, valiéndose de un determinado contenido axiológico.

7.- En cuanto a la validez jurídica, las normas, se verán fuertemente condicionadas por la Constitución material, ya que de la validez de las normas, dependerá no solamente por el procedimiento formal, sino que la norma deberá ser coherente con la parte material del ordenamiento jurídico, otorgando así a la Constitución, la unidad, plenitud y coherencia.

8.- La Constitución material, representa esas cartas de triunfos en contra del poder.

9.- La noción de Constitución material, no puede entenderse sin el constitucionalismo, ya que precisamente es en esta doctrina, donde se gesta la Constitución material aquí expuesta.

10.- La materialización de un ordenamiento, puede darse de manera gradual, ya que pueden existir ordenamientos jurídicos, más o menos materializados.

11.- De acuerdo al contenido de la Constitución, será determinante no sólo para limitar y organizar al poder, sino también, para decirle, qué es lo que debe y puede decidir. Y también lo que no debe o puede decidir.

VI. Bibliografía

ABELLAN, J., “El concepto sociológico de Constitución en Alemania: Ferdinand Lassalle”, *Fundamentos*, nº6, ed. Universidad de Oviedo, 2010.

ALEXY, R., “Derecho y moral. Reflexiones sobre el punto de partida de la interpretación constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, E., (coord.), *Interpretación Constitucional*, Tomo I, Porrúa, México, 2005.

ANSUÁTEGUI ROIG, F., *Razón y voluntad en el Estado de Derecho, un enfoque filosófico jurídico*, ed. Dykinson, Madrid, 2013.

_____, “Positivismos jurídicos y sistemas mixtos”, en Ramos Pascua J. A., Rodilla González, M. Á., (Eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Ed. Universidad de Salamanca, España, 2006.

_____, *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, ed. Dykinson, Madrid, 1997.

ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, ed. Ariel, Barcelona, 2012.

BARRANCO AVILÉS, M., *Teoría del derecho y derechos fundamentales*, ed. Palestra, Lima, 2009.

_____, “Los contenidos materiales de las constituciones y la posibilidad de un constitucionalismo positivista”, en Ramos Pascua J. A., Rodilla González, M. Á., (Eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Ed. Universidad de Salamanca, España, 2006.

BERGARECHE GROS, A., “Estudio preliminar”, en Mortati, C., *La Constitución en sentido material*, Estudio preliminar y trad. Bergareche Gros, A., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

BLANCO VALDÉS, R., *La configuración del concepto de Constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana*, ed. Universidad Santiago de Compostela, Barcelona, 1996.

_____, *El valor de la Constitución*, ed. Alianza Editorial, Madrid, 1994.

BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, trad., De Asís, R., y Greppi, A., ed. Debate, Madrid, 1993.

_____, “Del poder al derecho y viceversa”, ID., Bobbio, N., *Contribución a la teoría del Derecho*, trad. y estudio preliminar, Ruiz Miguel, A., ed. Debate, Madrid, 1990.

_____, “Derecho y fuerza”, ID., Bobbio, N., *Contribución a la teoría del Derecho*, trad. y estudio preliminar, Ruiz Miguel, A., ed. Debate, Madrid, 1990.

_____, “Estructura y función en la teoría del Derecho de Kelsen”, ID., Bobbio N., *Contribución a la teoría del Derecho*, Trad. y estudio preliminar, Ruíz Miguel, A., ed. Debate, Madrid, 1990.

BÜHLER O., “Texto de la Constitución alemana de agosto de 1919 y comentario sistemático a sus preceptos”, en *La Constitución de Weimar*, Ed. Tecnos, Madrid, 2010.

CALSAMIGLIA, A., “Kelsen y Bobbio. Una lectura antikelseniana de Bobbio”, en Llamas Cascón, Á., (ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Ed. Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994.

CAPELLA, J. R., *Materiales para la crítica de la filosofía del Estado*, Fontanella, Barcelona, 1976.

CARACCIOLO, R. A., *El sistema jurídico. Problemas actuales*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

_____, *La noción de sistema en la teoría del derecho*, Ed. Fontamara, México, 1994.

CARBONELL, M., “Sobre la reforma constitucional y sus funciones”, en Carbonell, M., (comp.) *Teoría de la Constitución*, Quinta edición, ed. Porrúa, México, 2012.

_____, “El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”, en Carbonell, M., y García Jaramillo, L., (ed.), *El canon neoconstitucional*, ed. Trotta, Madrid, 2010.

_____, *Los derechos fundamentales en México*, Tercera edición, ed. Porrúa-UNAM, México, 2009.

CARLOS DE CABO, M., *Sobre el concepto de ley*, ed. Trotta, Madrid, 2000.

CARPIZO, Jorge, “Algunas reflexiones sobre el poder constituyente”, en Carbonell, M., *Teoría de la Constitución, ensayos escogidos*, 5º edición, Porrúa, México, 2012.

CARRIO, G. R., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970.

CONSTANT, B., *Curso de política constitucional*, trad. Antonio López, Marcial, Ed. Comares, S.L., Granada, 2006.

CUENCA GÓMEZ, P., “Una aproximación a la teoría pura del derecho de Hans Kelsen”, *Papeles el tiempo de los derechos*, número 3, 2010.

CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, ed. Dykinson, Madrid, 2008.

D'ENTRÉVES, A., *Derecho natural*, trad. Hurtado Bautista, M., Ed. Aguilar, Madrid, 1972.

DE ASÍS ROIG, R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Dykinson, Madrid, 2000.

_____, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1995.

DE VEGA, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, 7° reimpresión, ed. Tecnos, Madrid, 2011.

_____, "Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX", en Carbonell, M., (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 5° edición, Porrúa, México, 2010.

_____, "Prólogo", en Schmitt, C., *La defensa de la Constitución*, trad., Sánchez Sarto, M., ed. Tecnos, Madrid, 1983.

DEL VECCHIO, G., *Filosofía del derecho*, trad., Legaz y Lacambra, L., Novena edición, ed. Bosch, Barcelona, 1980.

_____, *Persona, Estado y Derecho*, trad. y prólogo, Fraga Iribarne, M., ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.

DÍAZ, E., *Estado de derecho y sociedad democrática*, ed. Taurus, Madrid, 2010.

DWORKIN, R., *Justicia para erizos*, trad., Pons, H., ed. Fondo de Cultura Económico, México, 2014.

DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad., Guastavino M., ed. Ariel, Barcelona, 2012.

ESCUADERO ALDAY, R., *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, ed. Thomson Civitas, Madrid, 2004.

FERNANDEZ GARCÍA, E., *Filosofía política y derecho*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995.

FERNÁNDEZ SARASOLA, I., “La idea de la Constitución real en Gran Bretaña”, *Fundamentos*, n°6, ed. Universidad de Oviedo, 2010.

FERNANDEZ, DE LA MORA, G., “Schmitt y la democracia”, en Negro Pavón, D., (coord.) *Estudios sobre Carl Schmitt*, ed. Veintiuno, Madrid, 1996.

FERNÁNDEZ, GARCÍA, E., “El contractualismo clásico (siglos XVII y XVIII) y los derechos naturales”, ID., Fernández E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, ed. Debate, Madrid, 1984.

FERNÁNDEZ, GARCÍA, E., “Neocontractualismo, Estado y derechos humanos”, ID., Fernández E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, ed. Debate, Madrid, 1984.

FERRAJOLI, L., *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, trad. Andrés I.P., ed. Trotta, Madrid, 2014.

_____, *Derecho y razón*, 6° edición, Ed. Trotta, Madrid, 2004.

FIORAVANTI, M., *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, trad. Mora Cañada, N., y Mora Cañada, A., ed. Trotta, Madrid, 2014.

_____, “Las doctrinas de la Constitución en sentido material”, *Fundamentos, Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, ed. Universidad de Oviedo, n°6, 2010.

_____, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Trad. Martínez Neira, M., 6° edición, Trotta, Madrid, 2009.

_____, “Il principio di eguaglianza nella storia del costituzionalismo moderno”, ID., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra otto e novecento*, II, ed. Giuffrè, Milano, 2001.

_____, *Constitución de la antigüedad a nuestros días*, trad. Martínez Neira, Manuel, ed. Trotta, Madrid, 2001.

GARCÍA AMADO, J. A., *Hans Kelsen y la norma fundamental*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1996.

GARCÍA FIGUEROA, A., “La teoría del derecho en tiempos del constitucionalismo”, en Carbonell M., (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, 4° edición, ed. Trotta, Madrid, 2009.

GARCÍA PELAYO, M., *Derecho constitucional comparado*, ed. Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, 1950.

GARCÍA ROCA, F., “Sobre la teoría constitucional de Smend (a propósito del libro de Pablo Lucas Verdú. La lucha contra el positivismo jurídico en la república de Weimar)”, *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, Madrid, número 59, 1988.

GASIÓ, G., “Estudio preliminar”, en Kelsen, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad., J. Brie, Roberto, ed. Tecnos, Madrid, 1995.

GIANFORMAGGIO, L., *Estudios sobre Kelsen*, trad., Serrano Coronado T., ed. Fontamara, México.

GUASTINI, R., “La Constitución como límite a la legislación”, ID., Guastini R., *Estudios sobre teoría constitucional*, 4ª edición, trad. Carbonell, M., ed. Fontamara, 2013.

GUASTINI, R., “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, ID., Guastini R., *Estudios de teoría de la Constitución*, 4ª edición, trad. Carbonell, M., ed. Fontamara, México, 2013.

GUASTINI, R., “Sobre el concepto de Constitución”, ID., Guastini R., *Estudios de teoría de la Constitución*, 4ª edición, trad. Carbonell, M., ed. Fontamara, México, 2013.

GUASTINI, R., *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. Ferrer Beltrán, J., ed. Gedisa, Barcelona, 1999.

HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, trad., Carrio Genaro, R., ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

_____, “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, trad. Hierro, L., Laporta F. y Páramo J. R., *Sistema*, n°36, 1980.

HAURIOU, M., *Principios de derecho público y constitucional*, trad. y estudio preliminar, Ruiz del Castillo, C., ed. Comares, Granada, 2003.

HOBBS, T., *Leviatán*, trad. y prefacio, Sánchez Sarto, Manuel, Ed., Fondo de Cultura Económica de México, México, 2001.

JELLINEK, G., *Teoría general del Estado*, trad. y prólogo de la segunda edición alemana, De Los Rios Urruti, F., ed. Comares, Granada, 2000.

JIMÉNEZ ASENCIO, R., *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho constitucional*, 3ª edición, ed. Marcial Pons, Madrid, 2005.

JIMÉNEZ CAMPO, J., "Contra la constitución material", en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruíz-Rico*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997.

KAARLO, T., *Positivismo crítico y derecho moderno*, ed. Lujambio, J. Ma., Ed. Fontamara, México, 1999.

KELSEN, H., *El estado como integración. Una controversia de principio*, 2º edición, trad. y estudio, García Amado, J., ed. Tecnos, Madrid, 2009.

_____, *Autobiografía*, trad. y presentación Villar Borda, L., ed. Universidad de Externado de Colombia, 2008.

_____, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad., J. Brie, R., ed. Tecnos, Madrid, 1995.

_____, "La garantía jurisdiccional de la Constitución. (La justicia constitucional)", trad., Ruíz Manero, J., ID., Kelsen, H., *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Selección y presentación, Ruíz Manero, J., Ed. Debate, Madrid, 1988.

_____, *La teoría pura del Derecho*, 5ª edición, trad., Vernengo, R., Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986.

_____, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad., García Máynez, E., ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983.

KONRAD, H., "Significado de los derechos fundamentales", en Ernst Bend y otros (eds.), *Manual de derecho constitucional*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1994.

LAPORTA, F., "Norma básica, Constitución y decisión por mayorías", en Laporta, F., (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

LASSALLE, F., *¿Qué es una Constitución?*, trad., Roces, W., Ed. Ariel, Barcelona, 1989.

LLAMAS CASCÓN, Á., *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, ed. Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993.

LOCKE, J., *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, trad., introducción, Mellizo C., ed. Tecnos, Madrid, 2006.

LOSANO, M. G., *Teoría pura del derecho. Evolución y apuntes cruciales*, trad. Guerrero, R. J., ed. Temis, Colombia, 1992.

LOWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, trad. y estudio, Gallego Anabitarte A., ed. Ariel, Barcelona, 2ª edición, 1986.

LUCAS VERDÚ, P., *La lucha contra el positivismo jurídico en la república de Weimar. La Teoría constitucional de Rudolf Smend*, ed. Tecnos, Madrid, 1987.

_____, *El sentimiento constitucional (aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*, ed. Reus S.A., Madrid, 1985.

MATTEUCCI, N., “Contractualismo”, ID., Matteucci, N., *El estado moderno. Léxico y exploraciones*, trad., Marcos de la Fuente, J., ed. Unión, Madrid, 2010.

_____, *Organización del poder y libertad*, Presentación Bartolomé Clavero, trad. Ansuátegui Roig y Martínez Neira, ed. Trota, Madrid, 1998.

McILWAIN, Ch., *Constitucionalismo antiguo y moderno*, trad., Solozábal Echavarría, Juan José, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

MEIER GARCÍA, E., *(Neo) Constitucionalismo e internacionalización de los derechos*, Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política, n°15, enero de 2012.

MICAELA ALTERIO, A., “Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate”, *Anuario de filosofía y teoría del derecho*, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, número 8, enero-diciembre, 2014, pp. 227-306.

MIGUEL HERRERA, C., “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, número 86, 1994.

MORTATI, C., *La Constitución en sentido material*, Estudio preliminar y trad. Bergareche Gros, A., ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

ORESTES Aguilar, H., “Carl Schmitt, el teólogo y su sombra”, en Orestes Aguilar, H., *Carl Schmitt, teólogo de la política*, prólogo y selección de textos, Fondo de Cultura Económica de México, México, 2001.

PAINE, T., *Los derechos del hombre*, trad. Fernández de Castro y Muñoz Molina, Fondo de Cultura Económica, México, 1944.

PASSERIN D'ENTRÉVES, A., *La noción de Estado. Una introducción a la teoría política*, trad. y prólogo, Punset, R., ed. Ariel, Barcelona, 2001.

PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ, E., DE ASÍS, R., (eds.), *Curso de Teoría del Derecho*, 2º edición, ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.

PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ, E., DE ASÍS, R., (eds.), *Curso de Derechos Fundamentales, teoría general*, ed. Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.

PECES-BARBA, G., "Prólogo", en TROPER M., *Por una teoría jurídica del Estado*, trad. M. Venegas Grau, Dykinson, Madrid, 2011.

_____, *Ética, poder y Derecho*, Ed. Fontamara, México, 2000.

_____, *Derechos sociales y positivismo jurídico. (Escritos de filosofía jurídica y política)*, Dykinson, Madrid, 1999.

_____, *Introducción a la filosofía del Derecho*, Ed. Debate, Madrid, 1993.

_____, *Los valores superiores*, ed. Tecnos, Madrid, 1984.

_____, *Transito a la modernidad y derechos fundamentales*, ed. Mezquita, Madrid, 1982.

_____, *Libertad, poder y socialismo*, ed. Civitas, Madrid, 1978.

_____, "Epílogo. Desacuerdo y acuerdos de una obra importante", en Zagrebelsky, *El derecho dúctil*.

PÉREZ LUÑO, A., "El retorno de los valores", Id., Pérez Luño, A., *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del Derecho*, 5º edición, ed. Tébar, Madrid, 2007.

PRIETO SANCHÍS, L., "Supremacía, rigidez y garantía de la Constitución", ID., Prieto Sanchís, L., *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, ed. Trota, España, 2013.

_____, *Constitucionalismo y positivismo*, 4º edición, ed. Fontamara, México, 2011.

_____, "El constitucionalismo de los derechos", en Carbonell M., (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, ed. Trota, Madrid, 2007.

_____, "La sombra del poder sobre el derecho. Algunas observaciones del derecho de Norberto Bobbio", en Llamas Cascón, Á., (ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, ed. Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994.

_____, *Estudios sobre derechos fundamentales*, ed. Debate, Madrid, 1990.

RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, 2º edición, trad. Dolores González, M., Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2010.

RAZ, J., "Sobre la moral y la naturaleza del Derecho, trad., Sánchez Brígido, Rodrigo, ID., Raz, J., *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.

ROSS, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, 3ª edición, trad. R. Carrio, Genaro, Eudeba, Argentina, 2005.

RUBIO LLORENTE, F., "La Constitución como fuente de derecho, en Carbonell, M., (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 5ª edición, ed. Porrúa-UNAM, México, 2012.

SÁNCHEZ AGESTA, L., *Lecciones de Derecho político*, ed. Imprenta de Paulino Ventura, Granada, 1943.

SANTIAGO NINO, C., *La Constitución de la democracia deliberativa*, ed. Gedisa, España, 1997.

SANTIAGO NINO, C., *Introducción al análisis del Derecho*, ed. Ariel, Barcelona, 1987.

SARAVIA, G., *Thomas Hobbes y la filosofía contemporánea: Carl Schmitt, Leo Strauss y Norberto Bobbio*, Dykinson, Madrid, 2010.

SARTORI, G., *Ingeniería constitucional comparada, una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

SCHMITT, C., *La defensa de la Constitución*, trad., Sánchez Sarto, M., ed. Tecnos, Madrid, 1983.

SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, trad. y presentación Ayala F., Epílogo, García Pelayo M., ed. Alianza editorial, 1982.

SIEYÉS, E., *¿Qué es el tercer Estado?* trad. e introducción, Lorente S., y Vázquez J., ed. Alianza, Madrid, 1989.

SMEND, R., *Constitución y derecho constitucional*, trad. Beneyto Pérez, J., ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1968.

TAMAYO y SALMORÁN, R., *Introducción al estudio de la Constitución*, ed. Fontamara, México, 2006.

TOMAS y VALIENTE, F., "Constitución", en Díaz E., y Ruíz, M., (Eds.), *Filosofía política II. Teoría del Estado*, ed. Trota, 1996.

TROPER, M., "El concepto de constitucionalismo y la moderna teoría moderan del Derecho", en ID., *Por una teoría jurídica del Estado*, trad. de M. Venegas Grau, ed. Dykinson, Madrid, 2011.

VANOSSI REINALDO, J., “En torno al concepto de Constitución: sus elementos”, ID., *Libro homenaje a Manuel García Pelayo*, ed. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Tomo I, Venezuela, 1980.

VANOSSI, J., *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*, 3° edición, ed. Eudeba, Buenos Aires, 2000.

VERGOTTINI, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado*, trad. e introducción Lucas Verdú P., 2° edición, ed. Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1985.

VON SAVIGNY, F. K., *Sistema del derecho romano actual*, trad. Guenoux, M.CH., Ed. Comares, Granada, 2005.

WEBER, M., *Economía y sociedad*, 2° edición, trad., Medina Echavarría, J., Roura Farella, J., y otros, ed. Fondo de Cultura Económica, España, 2002.

ZAGREBELESKY, G., *El derecho dúctil*, 11° edición, trad. Gascón Marina, Ed. Trotta, 2011.

ZAGREBELSKY, G., “Epílogo”, en Mortati, C., *La Constitución en sentido material*, Estudio preliminar y trad. Bergareche Gros, A., ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.